Das Konnossement des Geschäftsunfähigen als Traditionspapier.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Erwin Feld

Referendar in Berlin.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Referent: Professor Dr. Wüstendörfer.

Meinen lieben Eltern
in Verehrung und Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0073

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Adler, Das österreichische Lagerhausrecht. 1892.

Adler, Warrant. Im Handwörterbuch für Staatswissenschaften, Herausgeber Conrad usw., Bd. 7, 1904, 2. Aufl.

Anschütz u. **Frhr. v. Völderndorff,** Kommentar des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches. Bd. 3. 1874.

Archiv für öffentliches Recht. Bd. 13.

Arndts v. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. von Hofmann und Pfaff. 1866.

Bankarchiv. Jahrg. 1911.

Baron, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1890.

Bernstein, Allgem. deutsche Wechselordnung. 1896.

Bernstein, Vorlesungen über Wechselrecht. 1909.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Boyens, Das deutsche Seerecht (auf Grund des Kommentars von Lewis) Bd. 2. 1901.

Brand, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1911.

Brauer, Allgemeine deutsche Wechselordnung. 1852.

Brodmann in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 70.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 2.

Brunner, Artikel: Wertpapiere. In Holtzendorffs Rechtslexikon.

Brunner im 46. Jahresbericht der Berliner Juristischen Gesellschaft S. 94.

Brunner, Die Wertpapiere. In Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2, 1882.

Burchard in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 16.

Callam, Inhalt und Tragweite des guten Glaubens beim Wechselerwerb. Diss. Greifswald 1912.

v. Canstein, Lehrbuch des Wechselrechts. 1890.

Conrad, Warrant. Im Handwörterbuch für Staatswissenschaften Bd. 7 2. Aufl.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. 1903.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1910.
Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. 1904 ff.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 5. Aufl.
Dernburg, Pandekten. Bd. 1 1888 bezw. (7. Aufl.) 1902.
Deutsche Juristenzeitung. 1905 u. 1912.
Düringer u. **Hachenburg**, Das Handelsgesetzbuch auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 2. 2. Aufl.
Eger, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen. Bd. 16.
Endemann, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 2 u. 4. 1882 ff.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 6.—8. Aufl. 1911, Bd. 2 4./5. Aufl.
Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht. 1867.
Francke, Der Erwerber und sein guter Glaube nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 71.
Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1903.
v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. 17. Aufl.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1, 1895; Bd. 2, 1905.
Girard, Manuel élémentaire de droit romain. 4. édition.
Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1906.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Abt. 2. 1868.
Goldschmidt in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 8, 9, 23, 28.
Grünhut, Wechselrecht. 1897.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch mit Motiven. Bd. 2. 1897.
Hauptblatt der Hamburgischen Gerichtszeitung. 1877.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere. Aus der Festgabe für Felix Dahn. Breslau 1905.
Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. 1901.
Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel. München 1906.
Jhering in seinen Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 1.
Juristische Wochenschrift. 1904.
Kaufmann in der Juristischen Wochenschrift 1904.

Koßler, Der dingliche Vertrag. 1883.
v. Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier. 1902.
Krichauff, Die Transportpapiere. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.
Lange, Das Lagerrecht. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1902.
Langen, Die Kreationstheorie im neuen Recht.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1901.
Lieser, Lagergeschäft und Lagerschein. Diss. Erlangen 1899.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 1907.
Makower-Löwe, Kommentar zum Seerecht. 12. Aufl.
Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Von C. Hahn u. B. Mugdan.
Meyer, H., Entwertung und Eigentum.
Mittelstein, Das Binnenschiffahrtsrecht. 1903.
Möllenthiel, Über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. 1820.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1888. Amtliche Ausgabe.
Motive zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten. Berlin 1857.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 5. Aufl. 1909.
Oertmann im Archiv für öffentliches Recht. Bd. 13.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. 2. Aufl. 1906.
Pappenheim, Transportgeschäft nach dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.
Pappenheim, Handbuch des Seerechts. 1906.
Preußischer Entwurf, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1910.
Protokolle der Kommmission zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs 1858, herausgegeben von Lutz. Würzburg.
Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz.
Puchta, Pandekten.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 4, 24.
Reichsgerichtsentscheidungen: RGZ. Bd. 5, 14, 23, 27, 28, 32, 33, 35, 45, 53, 55, 57, 59, 65, 68, 70, 72, 75, 78; im Bankarchiv März 1911.
Reichsoberhandelsgerichtsentscheidungen: ROHG. Bd. 2, 19, 23.
Rehbein, Kommentar zur Wechselordnung. 8. Aufl.
Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
v. Rueppreché, Recht der Lagergeschäfte. Diss. Tübingen 1899.
Schaps, Kommentar zum Seerecht. 1906.

Schreiber in Gruchots Beiträgen Bd. 52.

Seufferts Archiv. Bd. 6.

Simonson in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 53.

Sohm in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 8. Aufl.

Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung. 8. Aufl.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. Aufl. 1910.

Stintzing, Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usukapionslehre. 1853.

Stranz, J., in Holtzendorff-Kohlers Rechtsenzyklopädie.

Strietхorst, Archiv für Rechtsfälle. Bd. 26.

Strohal in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 38.

Thöl, Wechselrecht.

Thöl, Handelsrecht. Bd. 1.

v. Tuhr, Zeitschrift für römisches Zivilrecht. Bd. 30.

Wächter, Wechselrecht.

Wächter, Pandekten.

Wendt, Pandekten.

Wimpfheimer, Der Lagerschein nach deutschem Recht. 1903.

Windscheid-Kipp, Pandekten. Bd. 1. 9. Aufl. 1906.

Wolff, Sachenrecht. 2. Aufl.

Wolff in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 48.

Wüstendörfer, Studien zur modernen Entwicklung des Seefrachtvertrags. 1905—1909.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 8, 9, 17, 22, 23, 28, 29, 32, 33, 58.

Zitelmann, Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht.

Die Aufgabe.

§ 1.

Von Jahr zu Jahr wachsen Handel und Verkehr in immer größerem Maße. Der Vorrat an rollendem Geld reicht nicht annähernd hin, das Bedürfnis zu befriedigen. So hat sich denn das Wertpapier eine immer wichtigere Stellung als Geldersatz wie als Warenersatz erworben.[1]) Die Rechtswissenschaft hat die Pflicht, diesen Umständen dadurch Rechnung zu tragen, daß sie ein den modernen Verhältnissen entsprechendes Recht der Wertpapiere schafft. Da können nun der praktischen Verwendbarkeit rechtliche Streitfragen große Hemmungen auferlegen, und so ist es durchaus notwendig, auf Gebieten des Wertpapierrechts, die trotz (oder vielleicht gerade wegen) ihrer enormen Wichtigkeit streitig sind, Untersuchungen anzustellen, die dem Streit abhelfen können, und vor allem: die ihm in einer Weise abhelfen, die dem modernen Verkehr entspricht. Die Rechtswissenschaft hat nicht das Recht, einem Institut des Handels und Verkehrs das Dasein zu erschweren, lediglich weil sie keine juristische Erklärung, keine „Konstruktion" für das Dasein und die Wirkung dieses Institutes hat, sondern

---

[1]) vgl. Wüstendörfer, der (S. 20) vom „Umlauf des Konnossements als Surrogat der Ware" spricht.

sie hat die Pflicht, sich ihm anzupassen. In dieser Gefahr des Zurückbleibens ist aber manches Institut des Wertpapierrechtes. Wir wollen nun hier einer Frage Beachtung schenken, die von besonderer Tragweite ist, deren Beantwortung aber fortgesetzt Streit hervorruft, nämlich dem Schutz des guten Glaubens bei Erwerb von Inhaber- und Orderpapieren. (Die Rektapapiere sollen nicht berührt werden, da ihre Natur als Wertpapier stark bestritten ist.) Das System unseres geltenden bürgerlichen Rechtes beherbergt zwei einander widerstreitende Grundsätze:

1. Der Geschäftsunfähige soll, da er nicht fähig ist, vermittelst selbständigen Denkens zu handeln, dadurch vor Verschleudern seines Vermögens geschützt werden, daß seinen Handlungen eine rechtliche Wirksamkeit nicht verliehen wird; durch eigene Handlung kann er also sein Vermögen nicht vermindern.

2. Der gutgläubig Handelnde, besonders der gutgläubig Erwerbende ist zu unterstützen; seine Stellung soll dadurch gestärkt werden, daß er das Recht, das er durch seine gutgläubige Handlung zu erwerben glaubt, auch wirklich erwirbt, daß also die Mängel, die dem Erwerb entgegenstehen, als nicht vorhanden angesehen werden. Für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes ist ein Ausgleich bereits geschaffen durch § 932, der den guten Glauben zwar schützt, aber nur d e n guten Glauben, daß der Vertragsgegner, der in Wahrheit nicht Eigentümer der fraglichen Sache war, ihr Eigentümer gewesen sei. Auf andere Mängel, z. B. mangelnde Verfügungsbefugnis (man denke an § 1404 BGB.) oder Geschäftsunfähigkeit, richtet sich der Schutz des guten Glaubens nicht, so daß hier der Schutz des Geschäftsunfähigen, d. h. besonders des Geisteskranken, vorgeht. Durch diese Regelung sind, wie aus dem Wortlaut des § 935 deutlich hervorgeht, die Inhaberpapiere mitbetroffen

worden. Auf dem Gebiete der Orderpapiere ist aber ein Ausgleich nicht geschaffen worden. Ihr Verkehr ist an Gesetze von besonderer Form und Strenge gebunden, die gerade zu dem Zwecke geschaffen sind, den gutgläubigen Erwerber zu sichern und zu schützen. Hier ist das Verhältnis des Schutzes des Geschäftsunfähigen zum Schutz des gutgläubigen Erwerbers noch durchaus streitig.

Von besonderer Wichtigkeit ist nun dieser Schutz da, wo es sich für den Erwerber nicht nur darum handelt, eine Forderung zu erwerben, sondern wo unmittelbar der Erwerb eines Sachenrechtes in Frage steht, wie dies bei den sogen. Traditionspapieren der Fall ist. Diese, der Lagerschein, der Ladeschein und das Konnossement, werden (von einer kleinen Abweichung beim Lagerschein abgesehen) juristisch durchaus gleich behandelt. Aus diesem Grunde wollen wir das Konnossement, dem unter den drei genannten Papieren bei weitem die größte Bedeutung zukommt, unseren Betrachtungen zugrunde legen.

Bei diesen sachenrechtlichen Papieren ergibt sich noch eine zweite Streitfrage. Es ist nämlich streitig, ob der, der das Eigentum am Papier erlangt hat, unter allen Umständen Eigentümer der in ihm verbrieften Waren geworden ist. Dies ist die Frage des sogen. Parallelismus zwischen Papier und Ware.

Wir wollen beide Fragen besprechen und von folgendem Falle ausgehen: Ein Geisteskranker übergibt zwei Konnossemente, nämlich ein Inhaberkonnossement und ein an ihn oder seine Order gestelltes Orderkonnossement, einem Kunden, der ohne Fahrlässigkeit von der Geisteskrankheit nichts weiß und den Zustand des Verkäufers nicht erkennt; die in den beiden Papieren verbrieften Waren will der Geisteskranke dem Kunden

übereignen. Das Orderkonnossement indossiert er. Ist der gutgläubige Erwerber Eigentümer der Waren geworden? d. h.

1. wird sein guter Glaube, der Veräußerer sei geistig gesund, derart geschützt, daß er Eigentümer der Konnossemente wird, und ist er

2. wenn er Eigentümer der Papiere geworden ist, dadurch ipso iure Eigentümer der Waren geworden?

A. Konnossemente.

§ 2.

Allgemeines.

Wenn wir vom Konnossement Rückschlüsse auf das gesamte Recht der Wertpapiere ziehen wollen, müssen wir zunächst den Charakter des Konnossements als eines Wertpapieres feststellen.

„Konnossement [1]) ist das von dem Führer eines Seeschiffes dem Ablader ausgestellte schriftliche Bekenntnis, gewisse Güter an Bord eines Schiffes zur Auslieferung an einen näher bezeichneten Empfänger in einem bezeichneten Löschungshafen empfangen zu haben." [2])

Der Begriff „Wertpapier" ist, da das Gesetz schweigt, von der Wissenschaft in mannigfacher Weise definiert worden. Nach den anerkannten Definitionen v. Gierkes und Brunners stellen zwei Merkmale den Charakter einer Urkunde als Wertpapier fest: 1. durch die Urkunde wird das Subjekt des in ihr

---

[1]) vgl. Goldschmidt, Handb. Bd. 1, 2 S. 650 ff.

[2]) Das Konnossement ist also eine einseitige Bestätigung eines Güterempfanges und einseitige Verpflichtungserklärung zur Auslieferung. Anders Hellwig, Verträge S. 498: aus der Inhaltsgleichheit des § 643 Ziff. 8 HGB. mit dem den Frachtführer berechtigenden § 426 Abs. 2 Ziff. 7 HGB. folge, daß das Konnossement auch Bestimmungen über den Frachtvertrag enthalte, also den Schiffer auch berechtige.

verbrieften Rechtes bestimmt;[1]) 2. die Urkunde verbrieft ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist.[2]) Da nun das Konnossement einerseits für den in ihm Bezeichneten das Recht verbrieft, vom Schiffer die Auslieferung der Waren zu fordern, ist es eine Urkunde, durch die das Subjekt des in ihr beurkundeten Rechts bestimmt wird; andererseits liefert der Schiffer nur gegen Aushändigung des Papiers aus, die Verwertung des in dieser Urkunde verbrieften Rechtes ist also durch ihre Innehabung privatrechtlich bedingt.

Unter den Papieren, die von Goldschmidt unter dem Namen „Warenpapiere“ [3]) zusammengefaßt sind,[4]) nehmen nun das Konnossement, der Orderlagerschein (unter gewissen Bedingungen) und der Ladeschein (wie schon im § 1 angedeutet) eine besondere Stellung ein. Sie geben dem jeweiligen Berechtigten nicht nur ein Forderungsrecht, sondern haben auch sachenrechtliche Wirkungen,[5]) insofern für den Erwerb von Rechten an dem Gute, das in ihnen benannt ist, ihre Übergabe der Übergabe des Gutes selbst gleichsteht.[6]) Diese Papiere hat Brunner Traditionspapiere genannt,[7]) indem er durch

---

[1]) v. Gierke, DPrivR. S. 105.

[2]) Brunner in Endemanns Handb. Bd. 2 S. 147.

[3]) Da sie ein Recht auf Leistung einer Ware verbriefen, und zwar zum Umsatz, zur Aufbewahrung oder zum Transport.

[4]) vgl. a. a. O. S. 700.

[5]) Anders Lehmann, Lehrb. S. 527 Anm. 3; er meint, sie verbriefen kein Recht und hätten nur für die Besitzübertragung Bedeutung. Im Gegensatz dazu will Hellwig sogar dem Frachtbrief unter Umständen dingliche Wirkung verleihen (Verträge S. 488ff., 490, 491).

[6]) HGB. §§ 424, 450, 647.

[7]) Brunner a. a. O. S. 150.

diese Bezeichnung die Dispositionspapiere,[1]) die einen sachenrechtlichen Begebungseffekt erzeugen, von den gewöhnlichen Dispositionspapieren, deren Begebung nur obligatorischen Wert hat, scheidet.[2])

Wir haben zum Stützpunkt unserer Betrachtungen das Konnossement gemacht, das wichtigste und wirtschaftlich auf der höchsten Entwicklungsstufe stehende unter den Traditionspapieren. Das Konnossement hat also — um es nochmals zusammenzufassen — drei Funktionen: 1. es dient als Beweisurkunde über das darin verbriefte Recht, 2. es gibt dem legitimierten Inhaber ein Forderungsrecht (s. oben S. 6); 3. es gewährt dingliche Rechte insofern, als seine Übergabe dieselben dinglichen Wirkungen hervorbringt, wie die Übergabe der Waren selber.[3]) Über diese dingliche Wirkung und ihre juristische Erklärung wird unten noch zu sprechen sein.

Zunächst sollen nun die Rechtsverhältnisse, die sich an die Begebung des Inhaberkonnossements knüpfen, besprochen werden.

---

[1]) Papiere, die die Disposition, Verfügung über eine Ware ermöglichen.

[2]) **Brunner**, Beiträge in ZHR. Bd. 22 S. 525.

[3]) **Brunner** bei Endemann S. 150, 151.

B. Das Inhaberkonnossement.

§ 3.

I. Sind Inhaberkonnossemente zulässig?

In der Praxis am häufigsten ist das an Order gestellte Konnossement, seltener ist das Rektakonnossement (das lediglich auf den Namen des Berechtigten lautet und nicht durch Indossament, sondern durch bürgerlich rechtliche Zession übertragen wird). Dagegen kommt das auf den Inhaber gestellte Konnossement praktisch nicht vor; dies gibt uns Grund, seine Zulässigkeit zu prüfen.

Im Gesetz sind Inhaberkonnossemente zwar nicht ausdrücklich erwähnt; daraus folgt aber noch keineswegs, daß das Gesetz sie nicht dulden will. § 643 HGB., der den Inhalt des Konnossements bestimmt, sagt zwar (Ziff. 4) „das Konnossement enthält den Namen des Empfängers"; Praxis und Wissenschaft sind jedoch fast einig darin, daß § 643 nicht zwingendes Recht enthält, wie Art. 4 WO. Die Gültigkeit eines Konnossements wird dadurch nicht in Frage gestellt, daß eine der Vorschriften des § 643 nicht beachtet ist. Nach gemeiner Ansicht hat das Gesetz im § 643 nur kennzeichnen wollen, welchen Inhalt ein Konnossement zu haben *pflegt*. Als Konnossement im Sinne des Gesetzes hat aber jede Urkunde zu gelten, in der ein Schiffer

unzweideutig erklärt, Waren zum Transport empfangen zu haben und sie ausliefern zu wollen. Dieser Inhalt bleibt der Urkunde auch, wenn in ihr das Erfordernis des § 643 Ziff. 4 nicht berücksichtigt ist. Dadurch ist aber das Papier tatsächlich zum Inhaberkonnossement geworden.[1])

Ferner geht aus den Protokollen hervor,[2]) daß man Inhaberkonnossemente nur deshalb nicht ausdrücklich erwähnt hat, weil sie ganz ungebräuchlich wären und durch Blankoindossament derselbe Effekt erzielt werden könnte, weil man also nicht erst ein Institut schaffen wollte, das voraussichtlich ohne jede praktische Bedeutung sein würde. Heute steht es jedenfalls nach dem Prinzipe der Vertragsfreiheit und Verpflichtungsfreiheit im Gebiete des Obligationenrechts jedem frei, Inhaberpapiere auszustellen. Wo das Gesetz dies Recht einschränken wollte, hat es dies stets ausdrücklich gesagt.[3]) Besonders beweiskräftig ist es für uns, daß in § 795 BGB. die gültige Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Leistung einer G e l d s u m m e versprochen wird, von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht ist. Inhaberschuldverschreibungen, die nicht die Leistung einer Geldsumme zum Gegenstand haben, sind also ohne Genehmigung gültig.[4])

---

[1]) E n n e c c e r u s (§ 427 Abs. 1 Ziff. 2) führt mit Recht an, daß eine Urkunde zur Leistung an den Inhaber auch ohne Inhaberklausel verpflichten könne; er erwähnt besonders den Fall, daß gar kein Gläubiger erwähnt ist.

[2]) Prot. d. Komm. z. Beratung eines ADHGB. 1858 S. 2212, zit. bei M a k o w e r - L o e w e 12. Aufl. Anm. 1 a zu § 641.

[3]) z. B. HGB. § 209 Abs. 2; BankG. v. 1875 §§ 1 ff.; vgl. ferner RG. v. 8. 6. 1871, wonach Inhaberpapiere mit Prämien nur auf Grund eines Reichsgesetzes zulässig sind.

[4]) So auch RG. Bd. 59 S. 375.

§ 4.

II. Die rechtliche Natur des Inhaberkonnossements.

Das Inhaberkonnossement ist ein Inhaberpapier, und zwar eine Schuldverschreibung auf den Inhaber: eine Urkunde, in der der Aussteller ihrem Inhaber eine Leistung verspricht (vgl. BGB. § 793). Wir haben es mit einem echten Inhaberpapier zu tun, nicht etwa mit einem Legitimationspapier (hinkenden Inhaberpapier); denn dessen Kennzeichen ist es ja gerade, daß die Urkunde einen Berechtigten nennt, nur der Aussteller sich Leistung an jeden Inhaber vorbehalten hat (BGB. § 808 Abs. 1 Ziff. 1).[1]) Ein Inhaberkonnossement aber nennt keinen Berechtigten; mag auch der Name des Veräußerers vielleicht genannt sein, so doch nur, um die Waren als die von diesem abgeladenen zu bezeichnen,[2]) nicht etwa, um ihn zu berechtigen.

Berechtigt aus dem Inhaberkonnossement ist dessen Eigentümer. Die Frage war für das gemeine Recht sehr bestritten; für das heutige Recht kann sie wohl als durch das Bürgerliche Gesetzbuch entschieden angesehen werden.[3]) Immerhin ist sie auch heute noch nicht unbestritten. In weiteren Ausführungen nimmt Wüstendörfer zu der Frage Stellung;[4]) er kommt zu dem Ergebnis, daß das Forderungsrecht aus dem Konnossement nicht lediglich dessen Eigentümer, sondern dem als Konnossementseigentümer Legitimierten zustehe und findet den treffenden Vergleich des Konnossementsgläubigers

---

[1]) Von den Inhabermarken soll abgesehen werden; sie kommen hier nicht in Frage.

[2]) vgl. RGZ. Bd. 59 S. 375 für den Lagerschein.

[3]) vgl. RGZ. Bd. 63 S. 405; Jacobi, Wertpapiere S. 32; Prot. d. Komm. für die 2. Lesung des BGB. 2. Entw. S. 529.

[4]) Wüstendörfer S. 337 ff.

mit dem stillen Prokuraindossatar.[1]) Doch brauchen wir zur Erreichung unseres Zweckes auf diesen Streit nicht einzugehen. Unser Ziel ist, zu untersuchen, ob der Käufer, der vom Geschäftsunfähigen gutgläubig ein Inhaberkonnossement erhält, um Eigentümer der verbrieften Waren zu werden, Berechtigter aus dem Konnossement und auf diesem Wege Eigentümer der Waren wird. Wenn wir also selbst mit Wüstendörfer annehmen wollten, daß die Geltendmachung der Forderung aus dem Konnossement jedem nur als Eigentümer des Papiers Legitimierten zustehe, so könnte doch ein solcher niemals, wenn ihm auf seine Geltendmachung hin die Waren auch ausgeliefert würden, auf diese Weise Eigentümer der Waren werden; denn Wüstendörfer denkt ja an die Fälle, wo der als Eigentümer des Konnossements Legitimierte nach der Absicht der Parteien in der Lage sein soll, das Forderungsrecht geltend zu machen, ohne doch Eigentümer der Waren zu werden, wo also die Parteien selbst einen Eigentumsübergang an der Ware gar nicht beabsichtigen. Dann aber kann natürlich von einer Erlangung des Eigentums an den Waren keine Rede sein.

§ 5.

III. Übertragung des Eigentums an Inhaberkonnossementen. Schutz des guten Glaubens.

Das Eigentum wird an Inhaberpapieren nach den sachenrechtlichen Grundsätzen, die für den Erwerb des Fahrniseigentums gelten, erlangt (dies ergibt sich aus § 935 BGB.). Wir haben also zu prüfen, ob die Übertragung des Inhaberkonnossements von dem Geisteskranken an den Erwerber diesen Grundsätzen genügt.

[1]) Ebenda S. 343.

Erworben wird das Eigentum durch Einigung und Übergabe. Aber der Veräußerer ist geschäftsunfähig und hat infolgedessen keinen Rechtswillen. Er konnte keine Einigung vornehmen, also kein Eigentum übergehen lassen.

Nun schützt zwar das Gesetz den gutgläubigen Erwerber, d. h. den Erwerber, der, ohne grobfahrlässig zu sein, Mängel der Veräußerungsfähigkeit seines Vormannes nicht kennt. Dieser Schutz heilt aber nur den Mangel des Eigentums des Vorgängers.[1]) Falls der Vormann aber aus einem andern Grund als wegen mangelnden Eigentums an der Verfügung gehindert war (sei es durch Mangel der Verfügungsfähigkeit, sei es durch Mangel der Verfügungsbefugnis), geht Eigentum nicht über, selbst wenn er für verfügungsfähig bezw. -befugt gehalten wurde (vgl. allerdings § 366 HGB.). Endlich wird weder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, noch nach dem Handelsgesetzbuch ein Erwerb in gutem Glauben an die Geschäftsfähigkeit des Vormannes geschützt, wenn diese in Wahrheit fehlte oder beschränkt war.

Der Eigentumserwerb an Inhaberpapieren ist nun — gleichzeitig mit dem an Geld und in öffentlicher Versteigerung erstandenen Sachen — bereits dadurch gegenüber dem Erwerb anderer beweglicher Sachen erleichtert, daß auch an gestohlenen, verlorenen oder sonstwie abhanden gekommenen Werten Eigentum erworben werden kann, was bei anderen Sachen nicht möglich ist. Mangelnde Geschäftsfähigkeit des veräußernden Eigentümers wird aber durch den guten Glauben des Erwerbers in keinem Falle ersetzt.

Das Eigentum am Inhaberkonnossement ist also auf den gutgläubigen Erwerber nicht übergegangen.

---

[1]) vgl. S. 2 dieser Arbeit.

§ 6.

IV. Eigentumsübergang durch Übergabe der Waren seitens des Schiffers?

Durch Vermittlung des Inhaberkonnossements kann also der Käufer das Eigentum an den Waren, die dort verbrieft waren, nicht erlangt haben. Aber auch auf andere Weise konnte der Verkäufer ihm das Eigentum an den Waren nicht übertragen. Denn immer hätte es einer Einigung beider Parteien bedurft, und diese konnte der Geisteskranke eben nicht vornehmen. Ihr Fehlen wurde auch durch den guten Glauben des Käufers nicht ersetzt.

Nun könnte die Frage aufgeworfen werden, ob der gutgläubige Erwerber vielleicht das Eigentum an den Waren dadurch erworben habe, daß er auf Grund des Konnossements tatsächlich in den Besitz der Waren gekommen ist. Der Verpflichtete aus dem Schein ist doch der Verfrachter, und dieser hat, vertreten durch den Schiffer, auf Vorlegung des Konnossements dem Käufer, als dem dadurch legitimierten Besitzer, die Waren ausgeliefert. Hier liegt ein Vergleich mit der Reichsbanknote nahe. Wer einen Hundertmarkschein von einem Geisteskranken erhält, kann zwar kein Eigentum an ihm erwerben; wenn aber die Reichsbank auf Vorlegung des Scheines ihm 100 Mk. auszahlt, so wird er — trotz des fehlenden Eigentums am Scheine — sofort Eigentümer der 100 Mk., noch bevor die 100 Mk. mit seinem Vermögen sich vermischt haben. Die Reichsbank, die aus dem Hundertmarkschein Verpflichtete, hat sich mit ihm dahin geeinigt, ihre Verpflichtung zu erfüllen — der Verfrachter, der aus dem ersten Konnossement Verpflichtete, hat, vertreten durch den Schiffer, sich mit dem Käufer dahin geeinigt, seine Verpflichtung zu erfüllen, und ihm die Ware zu übergeben.

Trotzdem wird dieser nicht Eigentümer. Dies hat darin seinen Grund, daß die Reichsbank bis zur Auszahlung Eigentümerin der 100 Mk. war; infolgedessen hat sich hier der bisherige Eigentümer mit dem Erwerber dahin geeinigt, daß das Eigentum an diesen übergehen solle, und durch diese Einigung zwischen Eigentümer und Erwerber geht dann dessen Eigentum über. Der Verfrachter bezw. der Schiffer ist aber nicht Eigentümer der Waren, die er übergibt; daher hätte seine Einigung mit dem Erwerber, selbst wenn er einen Einigungswillen hätte, keine Wirkung, da der Erwerber weiß, daß die Waren dem Verfrachter bezw. Schiffer nicht gehören und dieser auch keine Veräußerungsbefugnis hat. Aber er hat auch gar keinen Einigungs*willen*. Er liefert dem Käufer nicht aus, weil er sich mit ihm über den Eigentumsübergang einigen will, sondern weil er die Verpflichtung des Verfrachters aus dem Frachtvertrag erfüllen will, d. h. weil er sich durch das Konnossement verpflichtet hat, jedem, der es ihm vorlegen wird, die Güter auszuliefern. Indem er die Güter ausliefert, fühlt er sich gar nicht berechtigt, eine Rechtshandlung in bezug auf sie vorzunehmen, sondern fühlt sich nur *als Bote* seines Auftraggebers.

Da also auch durch die Handlung des Schiffers das Eigentum nicht auf den Käufer übergeht, kommen wir zu dem Schluß, daß dieser das *Eigentum* an den durch *Inhaberkonossement verbrieften Waren nicht erlangt.*

C. Das Orderkonnossement.

§ 7.

I. Allgemeines.

Wir haben nun zu untersuchen, ob der Käufer an dem Orderkonnossement Eigentum erlangt. Denn wie wir sahen, ist regelmäßig nur auf diesem Wege ein Eigentumserwerb an den Waren, die durch das Orderkonnossement verbrieft sind, möglich.[1]) Nach § 363 Abs. 2 HGB. können Konnossemente durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten. Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem indossierten Papier auf den Indossatar über. In betreff der Form des Indossaments, der Legitimation des Besitzers und deren Prüfung sowie in betreff der etwaigen Pflicht des Besitzers zur Herausgabe, finden die Vorschriften der Art. 11—13, 36, 74 WO. Anwendung (HGB. §§ 364 Abs. 1, 365 Abs. 1).

Es zeigte sich, daß der Käufer an dem Inhaberkonnossement Eigentum nicht erwerben konnte, weil sein guter Glaube an die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers nicht geschützt wurde. Ob auch hier sein guter Glaube nicht die Kraft hat, den Mangel der Übereignung, der in der Geschäftsunfähigkeit des übereignenden liegt, zu heilen, soll im folgenden untersucht werden.

---

[1]) vgl. über eine Ausnahme S. 59 Anm. 1 dieser Arbeit.

§ 8.

Übereignung eines Orderkonnossements im Normalfall.

Ehe wir aber zu der Untersuchung schreiten, ob und auf welchem Wege eine mangelhafte Eigentumsübertragung geheilt wird, müssen wir uns darüber klar sein, wie im Normalfall, also vom wahren, voll geschäftsfähigen Eigentümer, an einen Vollgeschäftsfähigen, der das Eigentum am Wechsel[1]) erwerben will, das Eigentum am Wechsel und das Recht aus dem Wechsel übertragen werden. Der Wechsel (und das Konnossement, s. oben S. 5 f.) ist ein Wertpapier, das Recht aus dem Papier, (d. h. das Forderungsrecht, nicht etwa ein Sachenrecht) steht also stets dem zu, der das Eigentum am Papier hat, aber auch nur diesem.[2]) Das Eigentum der Urkunde, des Stückes Papier als Selbstzweck, muß also zunächst von dem erworben werden, der es als Mittel zum höheren Zweck, zur Erlangung und Ausübung der verbrieften Rechte, gebrauchen will. Das Papier als Sache wird erworben durch Einigung und Übergabe, d. h. Übereinstimmung des bisherigen Eigentümers und des Erwerbers in dem Willen, daß das Eigentum von jenem an diesen übergehen solle, und Übergabe des Papiers. Das Gesetz[3]) verlangt aber, damit der Eigentumsübergang perfekt sei, noch eine besondere Form, eine Steigerung der Publizität, die schon in der Übergabe liegt: die Niederschrift eines Indossaments auf die Urkunde. Das Indossament ist eine formelle, schriftliche Erklärung des Eigentümers, daß er sein Eigentum an der Urkunde – und somit die Rechte aus

---

[1]) Es sei gestattet, vom Eigentumserwerb am Wechsel zu sprechen, da ja auch in dieser Beziehung das Konnossementsrecht dem Wechselrecht folgt (vgl. §§ 363 Abs. 2, 364 Abs. 1 HGB. und Art. 9 Abs. 1, Art. 10 Satz 1 WO.), und die Literatur fast nur vom Wechsel ausgeht.

[2]) vgl. Jacobi S. 103 ff., 166.

[3]) § 363 Abs. 2 HGB. und Art. 9 Anm. 1 WO.

der Urkunde — an den Erwerber übertragen wolle.[1]) Diese Form bringt insbesondere die Übertragung der Rechte aus der Urkunde erst zustande; so ist Art. 10 Satz 1 WO. (und § 364 Abs. 1 HGB.) zu verstehen: „Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar über".

Diese Worte haben aber auch keine weitergehende Bedeutung, insbesondere besagen sie nicht, daß das Indossament allein genüge, daß eine Einigung nicht erforderlich sei; denn das Indossament ist nur die Form, die den Übereignungswillen zum geeigneten Ausdruck bringt[2]) und ihn wirksam macht. Aus dieser Auffassung folgt die Zurückweisung der von Kuntze,[3]) Einert, Langer,[4]) Siegel vertretenen Kreationstheorie,[5]) die die Niederschrift eines gültigen Indossaments für genügend erklärt, nur teilweise (so Kuntze) das Nehmen durch einen Erwerber erfordert, sowie der Redlichkeitstheorie,[6]) die außer einem gültigen Indossament nur noch Redlichkeit des Erwerbers fordert.[7]) Wir folgen der Begebungstheorie, die

---

[1]) Die Garantiefunktion des Wechselindossaments soll hier nicht besprochen werden; sie folgt aus Art. 14 WO.; da dieser aber durch § 365 HGB. für das Orderkonnossement nicht in Anwendung gebracht ist, hat die Garantiefunktion für unsern Fall kein Interesse.

[2]) Gerade so wie bei der Abtretung einer Hypothekenforderung die Beobachtung der Form (Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefes event. öffentliche Beglaubigung, § 1134 BGB.) nicht genügt, sondern die Einigung zwischen den Parteien die Grundlage bildet, ohne die die Form inhaltslos ist.

[3]) Bei Endemann Bd. 4 §§ 14, 76 ff.

[4]) Kreationstheorie im neuen Recht § 7.

[5]) vgl. hierzu Staub-Stranz Art. 8 Anm. 2.

[6]) Vertreten von Grünhut, Lehrb. § 6, Handb. Bd. 1 S. 274 f.

[7]) Diese Theorien sind zunächst aufgestellt für den Akt, durch den der Wechsel geschaffen wird, sie gelten aber — hierin herrscht lückenlose Übereinstimmung — nicht nur für diesen Akt, sondern für jeden Begebungsakt.

außer dem Indossament einen Begebungsvertrag verlangt, eben die von uns geforderte Einigung.[1]) Doch soll hierauf nicht näher eingegangen werden, denn für die Kreations- und die Redlichkeitstheorie folgt der Eigentumserwerb am Konnossement vom Geschäftsunfähigen aus dem Wesen der Theorie; falls uns nun der Nachweis gelingen sollte, daß der gute Glaube des Erwerbers den Mangel der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers heilt, werden wir sehen, daß wir auch mit der Begebungstheorie für unsern Fall zu dem gleichen Ziele gelangen.

Folgen wir nun allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen, so kommen wir zu demselben Ergebnis wie beim Inhaberkonnossement; die Einigung, also der Begebungsvertrag, ist nicht zustande gekommen; das Wechseleigentum ist nicht übertragen. Wir müssen untersuchen, ob Sondervorschriften der Wechselordnung eine andere Lösung bringen. Die maßgebende Bestimmung ist in WO. Art. 74 enthalten; er lautet: „Der nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimierte Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt".

Über die Tragweite dieser Bestimmung herrscht Streit. Es handelt sich um zwei Punkte:

1. Was versteht Art. 74 unter „bösem Glauben?" Oder besser: Wann kann der Besitzer zur Herausgabe nicht

---

[1]) vgl. Thöl §§ 54—61, 116; Goldschmidt in ZHR. Bd. 23 S. 306, Bd. 28 S. 124 u. 597; Sohm in ZHR. Bd. 17 S. 79; Brunner in ZHR. Bd. 22 S. 98; RGZ. Bd. 5 S. 83, Bd. 14 S. 22, Bd. 23 S. 24; etwas anders ROHG. Bd. 19 S. 31 u. 33; von Neueren: Staub-Stranz Art. 8 Anm. 2; Wüstendörfer S. 330, 4.

gezwungen werden, d. h. wann ist er in „gutem Glauben"?

2. Worin besteht die Heilung, die der gute Glaube schafft?

Auf diese Fragen soll in folgendem eingegangen werden.

II. Der Schutz des guten Glaubens beim Orderkonnossement.

a) Der Begriff des guten Glaubens im Recht der Orderpapiere.

§ 9.

1. Die herrschende Ansicht.

Art. 74 verheißt Schutz gegen die rei vindicatio dem nach Art. 36 legitimierten gutgläubigen Besitzer. Legitimiert ist (vgl. Art. 36 WO.) der Präsentant, auf dessen Namen eine ununterbrochene Kette von Indossamenten hinunterführt oder auf dessen Papier ein Blankoindossament den Beschluß der Kette von Indossamenten bildet.[1])

Nun könnte eingewendet werden, das Indossament eines Geschäftsunfähigen sei gar kein wirksames „Indossament" im Sinne des Art. 74 WO., das zur Legitimation dienen könne. Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig, denn man muß es als einen ganz feststehenden, von der Sicherheit des Wechselverkehrs geforderten Rechtssatz betrachten,[2]) daß der Inhaber des Wechsels als dessen Eigentümer legitimiert ist, „wenn nach dem Anblick der Wechselurkunde die Reihe der Indossamente ununterbrochen vom Remittenten auf ihn hinunterführt, daß

[1]) vgl. Staub-Stranz §§ 17, 23, 24 zu Art. 36; Wüstendörfer S. 316 u. 316, 3.

[2]) vgl. Prot. der Leipziger Wechselkonferenz S. 69/70 und besonders RGZ. Bd. 55 S. 48.

es für diese Legitimation lediglich auf den äußeren Zusammenhang der als Indossamente sich darstellenden Erklärungen ankommt".[1])

Die Legitimation ist zunächst ein prima facie-Rechtsausweis[2]): Der Zahlende begeht keine Fahrlässigkeit, indem er zahlt; diese Auslegung ist verständlich, wenn man erwägt, daß sonst jeder, der auf Grund eines Wechsels zahlt, erst nachforschen müßte, ob alle Indossamente von Geschäftsfähigen herrühren.

Aber das soll doch gerade einer der Unterschiede zwischen gewöhnlichen Schuldscheinen und skripturrechtlichen Papieren sein, daß bei letzteren der Erwerber sich auf die Skriptur verlassen kann, daß er irgendwelchen Einwendungen aus der Person der Vormänner nicht ausgesetzt ist.

Der Käufer des Orderkonnossements, das nur das eine, und zwar ein auf ihn lautendes Indossament aufweist, ist also, mag auch der Verkäufer und Indossant geschäftsunfähig sein, legitimiert. Dem legitimierten Besitzer, der den Wechsel gutgläubig und, wie die Wechselordnung ausdrücklich hinzufügt, ohne grobe Fahrlässigkeit erworben hat, kann der Wechsel nicht evinziert werden.

Für den Begriff des gutgläubigen Wechselbesitzers geht die herrschende Lehre über § 932 BGB. und § 366 HGB. hinaus; sie sagt, daß der gute Glaube des Art. 74 WO. alle Mängel des materiellen Erwerbsvertrages heile; sie stützt sich darauf, daß dieser Artikel keine Einschränkungen mache, so daß also alle Fehler von der Heilung

[1]) So RG. Bd. 55 S. 48.

[2]) vgl. Wüstendörfer S. 316.

betroffen werden.[1] Die herrschende Lehre steht weiterhin auf dem Standpunkt, daß die Wechselordnung durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht berührt werde, daß also dieser Begriff des guten Glaubens für den Art. 74 WO. noch jetzt, nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Geltung habe.[2] Über diese Frage wird noch weiter unten zu sprechen sein (S. 29ff.).

2. Abweichende Ansichten.

§ 10.

a) Die Ansicht Düringer-Hachenburg.

Von denen, die der herrschenden Lehre nicht folgen, äußern sich einige so kurz und ohne Begründung, daß sie kaum als ernstliche Gegner angesehen werden können.[3]

Einer Widerlegung bedarf dagegen der Widerspruch Düringer-Hachenburgs.[4] Dort heißt es,[5] es sei nicht

---

[1]) Anschütz-v. Völderndorff Bd. 3 S. 144; Bernstein S. 280; derselbe, Vorl. S. 71; v. Canstein, Lehrb. des Wechselrechts S. 218; Cosack S. 229 (während er in der 6. Aufl. S. 234 noch dem Art. 74 keine größere Kraft beilegt als dem § 935 BGB.); Dernburg Bd. 2 § 145 Anm. 3; Goldschmidt in ZHR. Bd. 9 S. 30; Grünhut, Handb. Bd. 2 S. 124; Hartmann § 161 S. 500; Langen, Kreationstheorie S. 92; Lehmann-Ring, HGB. Bd. 2 S. 74; Rehbein Art. 74 Anm. 2; RG. Bd. 45 S. 265; ROHG. Bd. 2 S. 282; Thöl Bd. 2 S. 706 f.; Wächter, WR. § 781; Staub-Stranz, WO. Art. 74 Anm. 3.

[2]) Rehbein, WO. Einl. Anm 3; Grünhut Bd. 1 § 1; Korn, Einl. S. V; K. Lehmann, Lehrb. § 120, Staub-Stranz, Einl. S. II Anm. 2 bis 5; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 § 10 III u. IV; Cosack, HR. § 53.

[3]) So z. B. Brauer, WO. Art. 74; Ritter Bd. 2 § 365 N. 7.

[4]) Ähnlich wie Düringer-Hachenburg stellt sich Makower zu dieser Frage. Für seine Ausführungen (13. Aufl. § 365 III S. 1079) gilt entsprechend das zu Düringer-Hachenburg Gesagte.

[5]) Bd. 2 Anm. 6 zu § 365 S. 590.

richtig, daß Art. 74 eine so weitgehende Bedeutung habe. Nicht die Mängel des Rechtsgeschäfts, durch welche der letzte Indossatar erwirbt, würden geheilt . . . Vielmehr beziehe sich Art. 74 nur auf die dem letzten Indossament vorhergehenden Indossamente, wie der Hinweis auf Art. 36 beweise. Bei allen Giros bis zum letzten genüge die äußerlich zusammenhängende Kette. Die Begebung durch das letzte Indossament dagegen müsse materiell wirksam sein. Nur soweit der Letzterwerber fehlendes Eigentum des Indossanten (bezw. wenn es sich um ein Handelsgeschäft handelt: die fehlende Verfügungsbefugnis an Stelle des Eigentümers) als vorhanden annehme, heile sein guter Glaube diesen Mangel.

Wir können uns diesen Ausführungen nicht anschließen. Sie sind schon aus rein grammatischen Gründen schwer verständlich. Düringer-Hachenburg nehmen offenbar an, die „bis auf den Besitzer hinunter führende Reihe von Indossamenten" sei die Reihe aller Indossamente mit Ausnahme des letzten; der Besitzer werde [1]) legitimiert, wenn er außer dem Schlußindossament, das seinen Namen nennt, eine Reihe von Indossamenten aufweise, die vom Remittenten auf den letzten Indossanten herunterführe. Art. 36 sagt aber ganz deutlich, daß der Besitzer legitimiert ist, der eine Reihe von Giros aufweist, die auf seinen Namen mit Einschluß des Indossaments, das diesen Namen nennt, hinunterführt, so daß dieses Indossament von den Wirkungen des Art. 74 WO. mitergriffen wird.

Daß die Ansicht Düringer-Hachenburgs zu praktischen Ergebnissen nicht führt, können wir am einfachsten zeigen, indem wir ihre Folgerungen für das Recht zur Zeit vor 1900

[1]) Nach Art. 36 WO.

ziehen. Düringer-Hachenburg gewähren Heilung der Geschäftsunfähigkeit nur für das Verhältnis des Besitzers zu den Vorindossanten. Sie sagen, Art. 74 beziehe sich nur auf die Vorindossamente, nicht auch auf das letzte Indossament; d. h. also: Art. 74 regele nur das Verhältnis zu den Vorindossanten, nicht das des Besitzers zum letzten Indossanten. Für dieses Verhältnis ist aber keine andere Bestimmung in der Wechselordnung vorhanden; Düringer-Hachenburg finden also eine Lücke im Gesetz. Wie vollzieht sich dann der Eigentumserwerb des Besitzers vom Indossanten? Nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bei Handelsgeschäften des Handelsgesetzbuchs. Zweifellos ist es richtig, daß § 932 zur Anwendung käme, wenn in dieser Beziehung nichts in der Wechselordnung stünde,[1] und Düringer-Hachenburg müssen eben, wenn sie konsequent sind, behaupten, hier wäre diese Lücke in der Wechselordnung. Wenn diese nun heute durch § 932 BGB. ausgefüllt werden muß, wie gestaltete sich dann die Wechselvindikation vor 1900 im Gebiete des gemeinen Rechtes? Dann hätte der Satz: „ubi rem meam invenio, ibi vindico“ Anwendung finden müssen; jemand, der im Jahre 1899 gutgläubig im Gebiete des gemeinen Rechts einen Wechsel vom Nichteigentümer empfing, hätte ihn herausgeben müssen, trotzdem schon Art. 74 WO. galt. Wo ist da etwas von skripturmäßiger Haftung, von Wechselstrenge, vom Schutz des guten Glaubens zu verspüren? Zu solchen Folgerungen, die aber vor 1900 nie gezogen worden sind,[2]) gelangt man nach

[1]) Darüber vgl. RGZ. Bd. 33 S. 148, Bankarchiv 1911 S. 172 ff. (RG. v. 12. 11. 1910).

[2]) Schon damals waren sich Wissenschaft und Praxis vollständig einig darin, daß Art. 74, den Partikularrechten folgend, im Gegensatz zum gemeinen Recht den Gutgläubigen schütze. Darüber, ob dieser Schutz sich auf die Ge-

den Grundsätzen Düringer-Hachenburgs. Diese Konsequenzen zu ziehen, würden sich aber wohl Düringer-Hachenburg selbst scheuen.

§ 11.

β) Die Ansicht Brand.

Einer Widerlegung bedarf ferner die Ansicht, der Brand Ausdruck gegeben hat.

Brand führt aus,[1] die Annahme ginge zu weit, die da lehre, daß alle Mängel des materiellen Begebungsaktes, also nicht nur das mangelnde Eigentum des Veräußerers, sondern auch der Mangel der Verfügungs- und Vertretungsbefugnis oder gar der Geschäftsfähigkeit durch guten Glauben geheilt werden könnten. Denn wenn dies richtig wäre, wenn also der gutgläubige Indossatar Eigentum erwürbe, könnte der Schuldner dem gutgläubigen Indossatar auch nicht die aus § 364 Abs. 2 HGB. sich ergebenden Einreden entgegensetzen; dies sei aber mit dem Gesetz nicht zu vereinigen.

Es will uns scheinen, als ginge Brand von falscher Grundlage aus. Drei Gruppen von Einwendungen kann der Schuldner dem klagenden Besitzer des Orderpapiers entgegensetzen: die persönlichen Einwendungen, die im Innenverhältnis zwischen Schuldner und letztem Nehmer des Papiers etwa bestehen sollten, und die beiden Gruppen objektiver Einwendungen, nämlich solche, die die Gültigkeit der Erklärungen des Schuldners

schäftsfähigkeit bezog, wird unten noch ausführlicher gesprochen werden; daß aber nach übereinstimmender, nie bestrittener Ansicht mindestens der Gutgläubige, der vom Nichteigentümer erwarb, geschützt war, sei hier bereits als zweifellos festgestellt.

[1]) Komm. z. HGB. 1911 § 365 Anm. 3 S. 868.

in der Urkunde betreffen, und solche, die sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben; also die beiden Gruppen, die Art. 82 WO. mit den Worten zusammenfaßt: Einreden, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen[1]) (§ 364 Abs. 2 HGB.).

Brands Ausführungen, daß bei der erweiterten Auslegung des Art. 74 WO. dem Schuldner diese Einwendungen genommen würden, können nicht als zutreffend erachtet werden. § 364 Abs. 2 HGB. und Art. 82 WO. handeln von dem Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner; Art. 74 behandelt das Verhältnis des Besitzers zu dem, der Eigentümer zu sein behauptet. Art. 74 WO. sagt, ob der Besitzer Eigentümer sei, § 364 Abs. 2 HGB. sagt, welche Einwendungen ein Schuldner dem Eigentümer machen kann. Da also § 364 Abs. 2 HGB. und Art. 74 WO. von ganz verschiedenen Rechtsverhältnissen handeln, kann man aus § 364 Abs. 2 kein Argument gegen Art. 74 entnehmen. Brand scheint hier die dingliche und die obligatorische Rechtsseite der Papiere des § 363 zu vermengen. Wenn Brand ferner annimmt, falls wir einem auf Zahlung verklagten Wechselindossanten die Einwendung nehmen, er sei selbst noch Eigentümer des Papiers (da er als Geschäftsunfähiger unmöglich das Eigentum habe übertragen können), so sei ihm damit auch der Einwand genommen, er könne auf sein Indossament nicht belangt werden (da er als Geschäftsunfähiger sich nicht habe wirksam verpflichten können), so können wir ihm auch hierin nicht folgen. Denn das

[1]) vgl. hierfür sowie dafür, daß WO. Art. 82 und HGB. § 364 Abs. 2 nur in der Fassung auseinandergehen, inhaltlich aber dasselbe bedeuten, so daß § 364 Abs. 2 HGB. „geradezu zur authentischen Interpretation" des Art. 82 WO. verwendbar ist: Lehmann in DJZ. 1905 S. 171; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 294 Anm. 17; Staub-Stranz Art. 82 Anm. 1.

Indossament kann sehr wohl die Transportfunktion besitzen und der Garantiefunktion (Art. 14 WO.) entbehren. Dann ist der Geisteskranke allerdings nicht Schuldner; dennoch ist das Papier nicht wertlos, denn das Eigentum am Papier gibt dem gutgläubigen Erwerber das Recht, die früheren Indossanten und den Akzeptanten und Aussteller zu belangen, was jetzt der Geisteskranke nicht mehr kann. So ist es z. B. bei jedem Wechselindossament „ohne Obligo", so überhaupt ohne Ausnahme bei jedem Indossament der Orderpapiere des § 363 HGB., also auch der Konnossemente (denn auf Art. 14 WO. wurde in § 365 Abs. 1 HGB. nicht Bezug genommen, vgl. auch S. 53 Anm. 1 a. E. dieser Arbeit). Brands Folgerung, daß bei Abweisung der Behauptung des Verklagten, sein Eigentum bestehe noch, auch seine Einwendungen aus Art. 82 WO. bezw. § 364 Abs. 2 HGB. entfallen würden, erscheint aber vor allem aus folgendem Grunde nicht schlüssig: Die Einwendungen erlangen überhaupt erst praktische Bedeutung, wenn die Behauptung des Einwendenden, er selbst sei Eigentümer, zurückgewiesen ist. Denn solange diese Zurückweisung noch nicht erfolgte, hat er die Einwendungen aus § 364 Abs. 2 HGB. gar nicht nötig, da ihm ja der Eigentumsanspruch zu Gebote steht, der ihm ein viel stärkeres Recht verleiht.

Aber selbst wenn wir uns auf den Standpunkt Brands stellen wollten, daß bei Zurückweisung der Behauptung, er sei Eigentümer, dem Indossanten auch die Einwendungen des § 364 Abs. 2 genommen wären, so können wir doch in seinen Ausführungen über Art. 74 WO. keine Beziehungen zu § 364 Abs. 2 entdecken. Denn dieser § 364 Abs. 2 spricht von Einwendungen des Schuldners. Für den Schuldner können die hier gegebenen Einwendungen allerdings in Frage kommen, nämlich soweit der Aussteller des Konnossements als Schuldner

in Frage kommt;[1]) doch können zu diesen Einwendungen nie Mängel des Indossierungsaktes gehören, wenn es sich um ein Indossament handelt, das formell so weit in Ordnung ist, daß es sich äußerlich als Indossament darstellt.[2]) Da nämlich im Gegensatz zum Wechselindossament das Indossament der Orderpapiere des § 363 HGB. der Garantiefunktion ermangelt,[3]) kann als Schuldner aus einem Konnossement stets nur der Aussteller des Konnossements gelten; der Indossant haftet nicht skripturmäßig, kann also nie als Schuldner in Anspruch genommen werden. Der Aussteller schreibt aber kein Indossament aus, der erste Indossant ist vielmehr der Remittent.[4]) Da Schuldner und Indossant also nie identisch sind, handelt es sich bei Einwendungen aus der Gültigkeit des Indossaments nie um Einwendungen, die „die interne persönliche Beziehung vom Schuldner zum Indossatar treffen. Ferner hat der Schuldner, sofern nur das Indossament äußerlich so in Ordnung ist, daß es ohne nähere Prüfung[5]) für ein

---

[1]) vgl. z. B. Wüstendörfer S. 346 ff.

[2]) s. oben S. 19 und die dort zitierte Entscheidung in RGZ. Bd. 55 S. 48.

[3]) Die sogen. Garantiefunktion ist ausgesprochen durch Art. 14 Satz 1 WO. Dieser ist aber in § 365 HGB. nicht für anwendbar auf die Papier des § 363 erklärt. Und nur von diesen Papieren spricht Brand!

[4]) Der Ausnahmefall, daß der Aussteller durch Giro das Papier zurückerhält und dann durch eignes Giro weitergibt, darf wohl hier übergangen werden, zumal es kaum praktisch werden wird, daß jemand ein Konnossement an den Schiffer indossiert, der die betreffenden Waren transportiert. Immerhin mag des Falles gedacht werden, daß ein Schiffer ein Konnossement auf eigene Order ausschreibt. Dies würde er allerdings indossiert weiterbegeben; aber auch dieser Fall wird sehr selten sein, daß ein Schiffer eigene Waren transportiert, nachdem er einen Schein ausgestellt hat, durch den er sich selbst verpflichtet, sie an sich oder seine Order auszuliefern. Solche Ausnahmefälle haben jedenfalls mit dem wirtschaftlichen Zweck des Konnossements nichts zu tun.

[5]) vgl. Art. 36 Satz 5 WO.

Indossament gehalten werdenkann (vgl. oben S. 19f.), hinsichtlich des Indossaments keine Einwendung, die sich aus dem Inhalt der Urkunde ergibt.[1]) Endlich ist das Indossament nie eine Erklärung des Ausstellers des Konnossements, also auch die Einwendungen, die „die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen" (§ 364 Abs. 1 HGB.), stehen dem Schuldner (da dies eben nur der Aussteller, nie ein Indossant ist) nie zur Anfechtung eines Indossaments zu.

Da also, wie wir gesehen haben, keine der Einwendungen, die dem Schuldner aus dem Konnossement überhaupt gegen den Besitzer gestattet sind, jemals dem Schuldner in bezug auf ein äußerlich richtiges Indossament zustehen wird, wird dem Schuldner auch keins seiner Hilfsmittel entzogen, wenn wir ihm Einwendungen, die sich auf die Geschäftsunfähigkeit eines Indossanten stützen, nicht gewähren.

Von Einwendungen bezw. Ansprüchen, die der Indossant selbst aus seiner Geschäftsunfähigkeit herleiten kann, spricht aber der § 364 Abs. 2, auf den Brand seine Beweisführung stützt, ebensowenig wie Brand selbst. Diese Einwendungen allein könnten aber für uns in Betracht kommen.

Somit können Brands Ausführungen als widerlegt gelten

§ 12.

γ) Die Ansicht Callam. Ist die Wechselordnung durch das Bürgerliche Gesetzbuch berührt?

Noch eine Auffassung ist zu besprechen, die — aus anderen Gründen als den besprochenen — die herrschende Lehre an=

---

[1]) Eine solche hätte er z. B., wenn er das Papier nicht als Orderpapier bezeichnet hätte (vgl. § 363 Abs. 2 HGB.) und es dennoch durch Indossamente begeben worden wäre; oder wenn ein Indossant nur geschrieben hätte: „für mich an Herrn X", ohne seine eigene Namensunterschrift zu geben.

greift. Callam hat in seiner Dissertation[1]) über „Inhalt und Tragweite des guten Glaubens beim Wechselerwerb" die Lehre verfochten, die Wechselordnung sei durch Art. 32 Satz 2 EG. z. BGB. beeinflußt, insofern sich aus Normen des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch und des Bürgerlichen Gesetzbuches ihre Aufhebung ergebe; ja — so führt er dem Sinne nach aus — man müsse dies erweiternd folgendermaßen auslegen: nicht nur seien Sätze der Wechselordnung für aufgehoben, also gestrichen, zu halten, soweit sich ihre Aufhebung aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergebe, sondern einige Sätze könnten zwar ihrem Wortlaut nach stehen bleiben, müßten aber als inhaltlich geändert gelten, soweit sich aus Lehren dieser Gesetze ausdrücklich oder auch nur stillschweigend ihre Änderung ergebe.[2]) Er führt aus[3]): Die herrschende Lehre stehe auf dem Standpunkt, daß die allgemeinen Sätze,[4]) die wie von jedem anderen Gesetze so auch von der Wechselordnung vorausgesetzt werden, jetzt durch das Bürgerliche Gesetzbuch ersetzt seien, daß aber kein Satz der Wechselordnung selbst berührt sei. Callam umschreibt diese herrschende Ansicht mit den Worten: „Das reichsrechtliche Sonderrecht wird nicht berührt (Satz 1 des Art. 32 EG. z. BGB.), das Nichtsonderrecht hingegen wird aufgehoben (Satz 2 des Art. 32). Die Wechselordnung enthält lediglich Sonderrecht, folglich ist sie unberührt".

---

[1]) Greifswald 1912.

[2]) a. a. O. S. 30.

[3]) a. a. O. S. 21.

[4]) z. B. über Auftrag, Vollmacht, negotiorum gestio, Aufrechnung, Zahlung, Wirkung der Kausalgeschäfte, die zur Ausstellung des Wechsels führten; vgl. Rehbein, WO. Einleitung § 3.

Callam versucht nun nachzuweisen, daß eine genaue Bestimmung des Begriffes „Sonderrecht“ nicht möglich sei,[1] daß sich infolgedessen eine Grenze zwischen Sonderrecht und Nichtsonderrecht nicht ziehen lasse, und kommt zu dem Schlusse, daß sich die Auslegung des Art. 32 EG. z. BGB. auf den Begriff des „Sonderrechts“ als auf einen unbestimmbaren und deshalb inhaltslosen Begriff nicht stützen dürfe, daß also das Argument, die Wechselordnung sei durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht berührt, da sie lediglich Sonderrecht enthalte, unhaltbar sei.[2]

Für den Inhalt des Art. 32 EG. z. BGB., für den Umkreis der reichsgesetzlichen Bestimmungen, die trotz Bürgerlichen Gesetzbuchs unverändert fortgelten sollen, findet Callam das Schlagwort „Sonderrecht“ zu vieldeutig; eine andere Auslegung des Art. 32 versucht er aber gar nicht zu geben; er verzichtet also vollständig darauf, uns zu sagen, welchen Umkreis von Gesetzen er dann von der Bestimmung des Art. 32 Satz 1 betroffen erachtet: „Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft“. Er läßt Satz 1 ganz verschwinden und stützt sich lediglich auf Satz 2: „Sie treten . . . insoweit außer Kraft, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder aus diesem Gesetze (also dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch) die Aufhebung ergibt“. Nun geht er hier — und wie zuzugeben ist, in gewissem, S. 33 dieser Arbeit zu erläuterndem Sinne mit Recht — noch zwei Schritte weiter; denn erstens setzt er,

---

[1]) S. 22 ff. a. a. O.; er lehnt die von Gierke (DPrivR. Bd. 1 S. 43), J. Stranz (in Hotzendorff-Kohler S. 785), v. Staudinger (Art. 32 IV) gebrachten Definitionen, wie die abweichenden von Oertmann (ArchÖffR. Bd. 13 S. 6) und Zitelmann (Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht S. 15 ff., 42) ab.

[2]) a. a. O. S. 23.

wie schon oben gesagt, Reichsgesetze auch außer Kraft, soweit Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch es nur stillschweigend andeuten wollen, zweitens will er nicht nur Aufhebung, sondern unter Belassung des Wortlautes älterer Reichsgesetze an Stellen, wo das Bürgerliche Gesetzbuch es zu verlangen scheint, inhaltliche Abänderungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches durchgeführt wissen.

Dies führt dazu, daß nach der Callamschen Theorie überall, wo das Bürgerliche Gesetzbuch etwas anderes sagt als irgend ein anderes vor dem 1. 1. 1900 in Kraft getretenes Reichsgesetz, dieses Reichsgesetz außer Kraft gesetzt ist. Wie unmöglich dieses Ergebnis ist, braucht wohl kaum bewiesen zu werden. Für kein Rechtsgebiet, nicht für die Landwirtschaft, nicht für den Handel, nicht für die Börse, nicht für das Theaterwesen dürfte irgend etwas anderes gesagt sein, als das Bürgerliche Gesetzbuch sagt. Denn stets würde ja das Bürgerliche Gesetzbuch abweichen und infolgedessen „stillschweigend“ „eine Änderung“ gebieten, wenn man mit Callam annimmt, daß Art. 32 Satz 1 sich in seiner Wirkung nicht umgrenzen lasse, daß sich deshalb mit dieser „unbekannten Größe“ nicht rechnen lasse,[1]) daß man sie also streichen müsse. Denn das wäre die äußerste Spitze der Konsequenzen, die aus der Callamschen Lehre gezogen werden müßten. Den Begriff des Sonderrechts gäbe es nicht. Von keinem Gesetz ließe sich sagen, daß es Sonderrecht enthielte; Gesetze, die vom Schutz des Art. 32 Satz 1 getroffen würden, gäbe es also nicht. Von keiner einzelnen Gesetzesvorschrift ließe sich sagen, sie beträfe Sonderrecht, keine würde also durch Art. 32 Satz 1 geschützt, folglich

---

[1]) Analog seiner Anschauung über Sonderrecht, vgl. a. a. O. S. 27.

würden alle Vorschriften vom Bürgerlichen Gesetzbuch teils aufgehoben, teils abgeändert, teils nur als Ergänzung geduldet, und soweit sie ihren Wortlaut behalten könnten, da er sich der Sprechart des Bürgerlichen Gesetzbuchs zufällig anpaßte, hätten diese Worte vom 1. 1. 1900 an einen anderen Sinn. So käme Art. 74 WO. allerdings nach 1899 zu einer ganz anderen Bedeutung als vorher!

Haben wir gesehen, daß die Folgerungen der Callamschen Lehre, die den Satz 1 des Art. 32 EG. z. BGB. einfach als nicht vorhanden betrachtet, einem ganz unmöglichen Ziele zuführen,[1]) so sind sie schon halb widerlegt. Die volle Widerlegung finden wir, wenn wir dem Art. 32 eine sinngemäße Auslegung geben. So kommen wir zu folgender Erklärung des Art. 32 EG. z. BGB.:

Das Bürgerliche Gesetzbuch kann und will nicht eine erschöpfende Regelung der Rechtsbeziehungen aller menschlichen Lebensverhältnisse geben; es will die Grundlage des privatrechtlichen Verhältnisses von Mensch zu Mensch und von Mensch zu Sache, d. h. zum Teil der vernunftlosen Natur, geben. Alle Rechtsverhältnisse, die den Boden eines solchen allgemeinen Führers durch das Rechtsleben verlassen, die nur bestimmte Personen, wie z. B. nur die Kaufleute, nur die Binnenschiffer, nur die Militärpersonen[2]) betreffen, oder sich nur auf bestimmte Sachen, wie z. B. nur auf Eisenbahnen, nur auf Forsten und Felder, nur auf Orderpapiere beziehen, sind im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt, sofern nicht das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich sagt: jetzt gebe ich eine Vorschrift, die nur z. B. für Geld, Inhaberpapiere und in öffentlicher

---

[1]) Callam selbst scheut sich, diese Folgerungen zu ziehen.

[2]) Alles natürlich nur in privatrechtlicher Beziehung.

Versteigerung erstandene Sachen gilt, wie § 935 Abs. 2. Alle solche Bestimmungen finden sich im übrigen, soweit sie der Regelung durch Reichsrecht offenstehen, in anderen Reichsgesetzen, und diese Bestimmungen bleiben nach Art. 32 EG. z. BGB. auf ihrem Gebiet in voller Geltung. Aber darauf beschränkt sich die Wirkung des Satzes nicht. Sondern genau so, wie das Bürgerliche Gesetzbuch gelegentlich eine Vorschrift gibt, die nur einzelne Menschenklassen oder Sachen betrifft, und so positiv regelnd in solche Gebiete eingreift, so legt Satz 2 des Art. 32 EG. z. BGB. dem BGB. und dem EG. z. BGB. die Kraft bei, ausdrücklich oder stillschweigend durch negativen Eingriff andere reichsgesetzliche Vorschriften teils zu ändern, teils aufzuheben (d. h. ohne Formulierung eines neuen Gesetzestextes ausdrücklich oder stillschweigend ältere außer Kraft zu setzen). Insoweit stimmen wir also Callam zu, wenn er auch stillschweigende Anordnungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf Aufhebungen oder Änderungen älterer Reichsgesetze berücksichtigt. Aber lediglich daraus, daß das Gesetz sich über den gutgläubigen Erwerb von Inhaberpapieren äußert da eben diese Materie im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt wird!), und diesen weniger schützt, als bisher der gutgläubige Wechselerwerb geschützt wurde, den Schluß zu ziehen, daß der gutgläubige Wechselerwerb hierdurch mitgeregelt sei, obwohl doch das Wechselrecht in einem vom Bürgerlichen Gesetzbuch ganz unabhängigen Gesetz behandelt ist, das ist doch eine zu kühne Folgerung.[1])

[1]) vgl. auch Jacobi, Wertpapiere S. 31: „Selbstverständlich ist . . ., daß technische Ausdrücke des neuen Rechts nicht auf gleichartige Worte des alten anzuwenden sind, in dem sie noch nicht technisch waren“. Mag nun auch für das alte Recht „guter Glaube“ als technischer Ausdruck gelten, so doch in ganz anderem Sinne als im BGB.

Aber auch im übrigen irrt Callam; selbst das von ihm verpönte Wort „Sonderrecht“ ist bestimmt genug, um uns das Urteil zu ermöglichen: Wie wir auch den Begriff „Sonderrecht“ definieren: in jedem Falle wird zugegeben werden müssen, daß das Recht der Orderpapiere „Sonderrecht“ im Gegensatz zum allgemeinen bürgerlichen Recht ist!

Sagen wir aber selbst mit Callam, die Wechselordnung müsse sich dem Bürgerlichen Gesetzbuch unterordnen, ihr Begriff des guten Glaubens sei durch den Begriff, den das Bürgerliche Gesetzbuch für den guten Glauben aufstellt, zu ersetzen, so tritt uns ein Hindernis entgegen, das Callam selbst scheinbar gar nicht beachtet hat, und das seine ganze Lehre, selbst wenn wir ihr bisher folgen würden, unbrauchbar macht: einen bestimmten Begriff des guten Glaubens stellt das Bürgerliche Gesetzbuch gar nicht auf; es verwendet drei verschiedene Begriffe vom guten Glauben für den Eigentumserwerb: im § 932, im § 937, im § 892.[1]) Weshalb sollte da die Wechselordnung nicht einen vierten Begriff des guten Glaubens für das von ihr geregelte Gebiet geben und diesen neben denen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufrechterhalten?! Aber dies ist noch gar nicht einmal der Fall: der Begriff des Art. 74 WO. deckt sich genau mit dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs — freilich nicht dem des § 932, auf den sich Callam stützt —, sondern dem des § 937.

Wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden, ist der gute Glaube des Art. 74 WO. der gemeinrechtlichen Ersitzungslehre entsprossen; er stimmt mit dem guten Glauben dieser Lehre überein. Der gute Glaube der gemeinrechtlichen Ersitzungslehre ist aber auch in die Ersitzungslehre des Bürgerlichen Ge-

[1]) Der Begriff des § 892 interessiert hier allerdings nicht, ebensowenig der Begriff des § 990, der überdies nicht von dem Eigentumserwerb handelt.

setzbuchs übernommen worden: er, der dem guten Glauben des § 932 BGB. gegenüber eine erhebliche Erleichterung für den Erwerber bietet, wie sich im folgenden Paragraphen zeigen wird, wird für die Einleitung der Ersitzung gefordert, ja der Fortgang der Ersitzung wird sogar noch mehr erleichtert: hier fällt Schädigung durch grobfahrlässige Nichtkenntnis des Eigentums des Ersitzenden (nicht etwa des Veräußerers wie in § 932) fort. Daß aber § 937 so weit geht, selbst Mangel der Geschäftsfähigkeit zu heilen, wird in § 14 d. A. (S. 48) darzulegen sein.

Wenn also Art. 74 dem guten Glauben des Bürgerlichen Gesetzbuchs folgen soll, dann ist doch das Vernunftgemäße, ihn dem guten Glauben zuzuweisen, mit dem er dieselbe Quelle teilt, und ihn nicht einem Begriff einzuordnen, der ohne Not eine Veränderung im Rechtsleben herbeiführen würde.

So glauben wir zu erkennen, daß § 74 WO. durch § 932 BGB. nicht abgeändert ist; daß aber Art. 74 vor 1900 die Bedeutung hatte, die die herrschende Meinung ihm heute noch zuspricht, gibt Callam selbst zu.

3. Eigene Ansicht.

§ 13.

a) Entwicklung der Lehre vom guten Glauben in der Rechtsgeschichte.

Wie wir sahen, steht der überwiegende Teil derer, die sich zu unserem Thema äußern, auf dem Standpunkt, daß der gute Glaube des Art. 74 auch den Mangel der Geschäftsfähigkeit heile; nur sehr wenige sind dagegen; haben wir die Gründe, die diese zu ihrer abweichenden Ansicht bestimmten, widerlegt, so ist ein indirekter Beweis dafür geführt, daß die Ansicht der Mehrheit die richtige ist. Diese Ansicht der Mehrheit

wollen wir durch die folgenden Betrachtungen noch zu festigen suchen.

Wolff sagt von § 952 BGB.: „er belegt den Satz, daß nur die Betrachtung der rechtsgeschichtlichen Zusammenhänge bisweilen das Verständnis auch des modernen Reichsgesetzrechts ermöglicht".[1]) Dies können wir auf den Art. 74 WO. anwenden; wir wollen einen Rückblick auf die Herkunft der Lehre vom guten Glauben werfen.[2])

Die Sätze über Fahrniserwerb vom Scheinberechtigten entstammen der germanischen Gestaltung der Fahrnisklage.[3]) Während im römischen Recht ein Eigentumserwerb vom Nichteigentümer unmöglich war (ubi rem meam invenio, ibi vindico),[4]) nahm das deutsche Recht der Zeit vor der Rezeption eine scharfe Scheidung vor. Entscheidend war die Tatsache, ob die Sache dem wahren Eigentümer freiwillig oder unfreiwillig aus der Gewere gekommen war.[5])

Hatte er sie selbst weggegeben (verliehen, hinterlegt, verpfändet), so hatte er auf jeden Fall nur die Klage auf anvertrautes Gut gegen den, dem er die Sache gab. Hatte dieser die Sache ungetreu an einen Dritten veräußert, so erwarb der Dritte zwar kein Eigentum an ihr; aber der Eigentümer hatte gegen den Dritten keine Klage. „Hand wahre Hand";[6]) „wo

---

[1]) Wolff, Sachenrecht § 75 Anm. 12.

[2]) vgl. zum folgenden Wolff a. a. O. § 68; Gierke, DPrivR. Bd. 2 S. 533 ff.

[3]) So Gierke a. a. O. S. 553.

[4]) Bei freiwilligem wie unfreiwilligem Besitzverlust, Redlichkeit wie Unredlichkeit des Dritterwerbers konnte der Eigentümer vindizieren.

[5]) So schon die Volksrechte; schärfste Ausprägung in den Quellen des Mittelalters.

[6]) Zuerst in c. 17 der 24 friesischen Landrechte, vgl. Gierke S. 558.

man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn suchen". Es machte keinen Unterschied, ob der Dritte redlich war oder um das mangelnde Eigentum des Vormannes wußte;[1] ja es war sogar belanglos, ob der Entleiher, Mieter usw. die Gewere freiwillig oder unfreiwillig verlor.[2]

Unfreiwilliger Verlust der Gewere, inbesondere Diebstahl, begründete dagegen die gegen jeden Dritten zulässige Fahrnisklage auf Herausgabe der Sache, die dem alten Verfahren der Diebsermittlung durch Spurfolge und Anefang entstammte, hier aber nicht auf Ergreifen des Diebes, sondern lediglich auf Wiedererlangung der Sache hinzielte.[3] Da sie, durch Anefang eingeleitet, für den dadurch raublicher Gewere bezichtigten Besitzer Reinigungspflicht, für den unterliegenden Teil Buße und Wette nach sich zog,[4] war es auch gestattet, schlichte Klage auf Sachherausgabe anzustrengen, während Klagegrund die verlorene Gewere (nicht das Eigentum) war; so kam es, daß diese Klage nicht nur wegen gestohlener, sondern auch wegen verlorener, abhanden gekommener Gewere erhoben werden konnte. Hier gab es nun eine Besserstellung, aber keinen wirklichen Schutz des redlichen Erwerbers: Nachweis redlichen Erwerbes schützte vor Inanspruchnahme aus diebischer oder raublicher Gewere, befreite aber nicht von der Herausgabepflicht.[5]

---

[1]) Edict. Luitpr. 131; Sachsensp. II Art. 60 § 1; vgl. Gierke S. 558 Anm. 30.

[2]) Sachsensp. a. a. O.; dazu Brunner, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 594 ff.

[3]) Gierke a. a. O.; dazu Brunner, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 594 ff.

[4]) Gierke, DPrivR. Bd. 2 S. 554; Brunner, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 508/09; Sachsensp. II Art. 60 § 5.

[5]) Lex. Sal. 47; Lex. Rib. 33 §§ 2 u. 4; Ed. Roth. c. 232; Sachsensp. II Art. 36 § 4; vgl. Gierke Bd. 2 S. 556 Anm. 15.

Die Rezeption schuf zunächst insofern Wandel, als das gemeine Recht das römische Prinzip aufnahm und es bis 1900 durchhielt. Aber das germanische Recht starb nicht ab: seine Besitzklagen verdrängten in vielen Partikularrechten die Eigentumsklage, und in der Eigentumsklage der Partikularrechte wurde der deutschrechtliche Satz „Hand wahre Hand" aufrechterhalten. Hier aber machte die Rechtsentwicklung den Schritt, der auf die heutige Gestalt der Fahrnisklage hinführt: bei freiwilligem Besitzverlust wurde der Dritterwerber nicht mehr schlechthin geschützt, sondern man verlangte, daß er redlich war, daß er die bona fides hatte; und zum Vorbild nahm man die bona fides des Usukapionsbesitzers, die man ja ausgebildet vorfand.[1] Gegen den unredlichen Dritterwerber wurde dagegen auch bei freiwilligem Besitzverlust die Vindikation zugelassen.[2]

Hand in Hand damit ging eine Abschwächung des Unterschiedes zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust: zwar alle auf deutscher Grundlage beruhenden Partikularrechte zeigten diesen Unterschied,[3] doch schwand er ganz, wo das römische Vindikationssystem siegte,[4] und auch wo er behalten wurde, gab es Ausnahmen älterer und jüngerer Herkunft unter zwei Voraussetzungen: einerseits wurde wieder der gute

---

[1] vgl. Wolff § 68, 3a; H. Meyer, Entwerung u. Eigentum S. 297.

[2] Goldschmidt in ZHR. Bd. 8 S. 284 N. 7; v. Tuhr in Z. f. franz. ZR. Bd. 30 S. 538 ff. Abweichend RG. Bd. 27 S. 88, Bd. 35 S. 338.

[3] Ältere deutsche Statutarrechte (revid. Lüb.-Hamb. StadtR.; Kulm. Recht jüngster Fassung; Rostocker StadtR.; Baltisch. Recht); code civil mit Nachahmungen: Art. 2279, 2280; Niederl. GB. Art. 709; österr. Ges. §§ 366—369, 371 (anders Cod. Theres.). Diese Zitate vgl. Gierke S. 562 Anm. 40 ff.

[4] So ALR. I, 15 §§ 1, 17 ff., 42 ff.; sächs. BGB. §§ 295—297, 314, 315; beachte immerhin § 26 I, 15 ALR., der die dem Lübischen Recht entstammende Einlösungspflicht bringt.

Glaube des gemeinrechtlichen Ersitzungsbesitzers verlangt; andererseits wurde eine gewisse Beschaffenheit der Waren oder besondere Publizität des Erwerbes nötig, wenn Vindikation der unfreiwillig aus dem Besitz gekommenen Sachen unstatthaft sein sollte; d. h. Kauf in öffentlicher Versteigerung oder Erwerb von Geld, Inhaberpapieren und Wechseln oder anderen Orderpapieren.[1]) So kam also der Schutz des guten Glaubens sogar bei gestohlenem Papier in die Wechselordnung.[2])

Über die dritte Änderung, die sich nach der Rezeption vollzog, die Steigerung des Ausschlusses der Vindikation zum Eigentumserwerb, wird S. 49ff. noch zu sprechen sein.

So sehen wir, welche beherrschende Stellung der Schutz des guten Glaubens seit der Rezeption einnimmt. Das Ergebnis dieser Entwicklung ist: der gute Glaube wurde in vielen Partikularrechten für den Schutz des Erwerbs vom Nichtberechtigten verlangt, selbst wenn der Eigentümer freiwillig den Besitz aufgab, und verlieh andererseits Kraft sogar bei unfreiwilligem Besitzverlust des Eigentümers, wenn Geld, Inhaberpapiere usw. Gegenstand des Erwerbs waren — ja selbst ein Gesetz, das sich bis dahin bei der Vindikation streng germanisch gehalten hatte, der code civil, der streng unterschied zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust, redlichen Erwerb bei jenem nicht verlangte,[3]) bei diesem nicht schützte und die Steigerung des Vindikationsverbots zum Eigentum weigerte, muße es sich gefallen lassen, daß der fran-

---

[1]) vgl. ALR. I, 15 §§ 45 u. 47; dazu Dernburg, PrPrivR. S. 432 Anm. 15. Letzte Entwicklungsstufe BGB. § 935.

[2]) Geld- und Inhaberpapiere konnten sogar gegen Erstattung des Kaufschillings nach ALR. I, 15 §§ 45 u. 47 vom redlichen Erwerber nicht zurückerlangt werden, trotz der römischen Vindikationslehre des ALR.

[3]) code civil art. 2279, 2280.

zösische Kassationshof [1]) den Begriff des guten Glaubens als selbstverständliche Voraussetzung des Schutzes dem Art. 2279 (en fait de meubles possession vaut titre) zugrunde legte.[2])

Wir sagten bereits, daß dieser gute Glaube die bona fides des gemeinrechtlichen Usukapionsbesitzes [3]) ist. Daß diese (nachdem sie vielleicht Veränderungen bei der Entwicklung vom römischen zum gemeinen Recht erlebt hatte) jedenfalls rein in die Partikularrechte überging, ohne dabei Umgestaltungen zu erfahren, wurde schon erwähnt.[4])

Wir haben also gesehen, daß der Begriff des guten Glaubens in seiner Bedeutung als Grundlage eines Rechtserwerbs im gemeinen Recht und in den maßgebenden Partikularrechten in der Mitte des 19. Jahrhunderts derselbe ist; nämlich der gute Glaube des Usukapionsbesitzers wird verlangt.

Aus dem Boden dieser Anschauung heraus ist die Wechselordnung entstanden und demgemäß auszulegen. Dies wird unten (S. 42ff.) noch näher dargelegt werden.

Dieser gute Glaube fand in der Pandektenlehre zwei Deutungen, die aber, von unserm Standpunkt aus gesehen, beide zu demselben Ziele kamen [5]): die eine Theorie definiert den guten Glauben als etwas Negatives, die andere als etwas Positives. Die negative Richtung erklärt den guten Glauben

---

[1]) Im Gegensatz zu der ablehnenden Haltung des Reichsgericht (RG. Bd. 28 S. 382, Bd. 35 S. 338).

[2]) vgl. M. Wolff § 68 Anm. 4.

[3]) Es sei gestattet, der Einfachheit halber stets nur von Kenntnis zu sprechen; stillschweigend wird vorausgesetzt, daß der Gutgläubige nicht in grobfahrlässiger Nichtkenntnis handeln darf.

[4]) M. Wolff § 68, 3a; H. Meyer a. a. O. S. 297.

[5]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 194, 2a.

als Nichtkenntnis der in Wirklichkeit vorhandenen Mangelhaftigkeit des Erwerbs. Wer also die materiellen Fehler des Erwerbsaktes nicht kennt, erwirbt das Eigentum; er erwirbt das Eigentum sogar, wenn er irrtümlich seinen Erwerb für unredlich hält: es kommt nach dieser Lehre eben gar nicht darauf an, daß der Erwerbende denkt, Fehler stünden dem Erwerbe überhaupt nicht entgegen, sondern, daß ihm nur die Fehler, die wirklich vorhanden sind, verborgen bleiben.

Die positive Lehre erklärt diese Konstruktionen für gekünstelt und die Konsequenz, daß man sogar unredlich erwerben könne, wenn man vorhandene Fehler nicht kennt, aber andere, die nicht da sind, für vorhanden hält, für ungesund. Sie fordert vielmehr vom Erwerber die positive feste Überzeugung, daß er unter Abwesenheit irgendeiner Hemmung das Eigentum erlange; der Erwerber darf sich also im Gegensatz zur negativen Lehre nicht einbilden, Fehler stünden entgegen, selbst wenn gar keine vorhanden sind, sondern er muß das Bewußtsein haben, daß der Erwerb fehlerlos ist.[1])

Die Pandektenlehre legt also in beiden Versionen den guten Glauben aus als eine Gesinnung, die sich auf Rechtsverhältnisse auf seiten des Erwerbers bezieht. Der gute Glaube

---

[1]) Dernburg (Pand. Bd. 1 § 194, 2a), Möllenthiel (Über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung § 4) folgen der positiven Richtung; Baron (Pand. § 144), Stintzing (Wesen von bona fides u. titulus in der römischen Usukapionslehre S. 77) schließen sich der negativen Fassung an; Windscheid-Kipp (Pand. Bd. 1 § 176 N. 3) finden im wesentlichen nur einen Unterschied in der Fassung, nicht im Prinzip, schließen sich aber der positiven Fassung an. Vgl. im übrigen Arndts v. Arnesberg, Pand. Bd. 1 S. 293; Wendt, Pand. S. 338; Puchta, Pand. § 157; Girard, Manuel élémentaire de droit romain p. 303; Wächter, Pand. S. 156.

wird nicht abgestellt auf die Rechtslage des Veräußerers, sondern die des Erwerbers.[1])

Diese Auffassung des gemeinen Rechts hat zur Folge, daß im gemeinen Recht für die Ersitzung und in den betroffenen Partikularrechten für den Eigentumserwerb guter Glaube jeden Erwerbsfehler heilt.

Im Sinne der erwähnten Partikularrechte, also auch der Wechselordnung, ist infolgedessen guter Glaube Unkenntnis irgendwelcher Mängel, die in der Person des Veräußerers vorhanden sind (so nach der negativen Fassung), oder Überzeugung des Erwerbers, daß er wirklich Eigentümer werde (so nach der positiven Fassung); dieser gute Glaube wird geschützt. Da aber der Erwerb des Eigentums nicht nur am mangelnden Eigentum des Vormannes, sondern an mannigfachen anderen Umständen (wie mangelnder Verfügungsbefugnis des Veräußerers, beschränkter Geschäftsfähigkeit oder vollständiger Geschäftsunfähigkeit des Eigentümers) scheitern kann, und da ferner das Bewußtsein als guter Glaube betrachtet wird, das Eigentum werde erworben, der Erwerb scheitere nicht, sei es auch aus welchem Grunde er scheitern könnte, so wird dies Bewußtsein auch geschützt, d. h. der erwirbt das Eigentum, der ohne grobe Fahrlässigkeit nicht weiß, daß der Veräußerer geschäftsunfähig ist.

Daß diese Meinung über den Inhalt des guten Glaubens auch bei der Schaffung der Wechselordnung selbst gar nicht weiter in Zweifel gezogen wurde, ergibt sich auch aus den Protokollen der zur Beratung einer „allgemeinen deutschen Wechsel-

---

[1]) So auch ALR. I, 15 § 45 (s. Dernburg, PrPrivR. S. 432 Anm. 15) und — wie wir sehen werden — BGB. § 937, während schon das ADHGB. den guten Glauben auf die Rechtslage des Veräußerers bezieht.

ordnung" im Jahre 1847 in Leipzig abgehaltenen Konferenz.[1]) Der „gute Glaube" war in dem den Beratungen zugrunde liegenden preuß. Entwurf nicht erwähnt, insbesondere war der heutige Art. 74 in ihm nicht enthalten. Die Frage, ob der „gute Glaube" in der Wechselordnung Erwähnung finden solle, wurde zuerst aufgestellt bei der Beratung des Abschnittes über „falsche Wechsel" (§§ 71, 72 des Entw.; heute Art. 75, 76). Hier fragte es sich, ob nicht in einem Zusatze zum § 71 bestimmt werden sollte, daß nur der in bona fide befindliche Besitzer eines gefälschten, mit falschem Akzept oder Indossament versehenen Wechsels geschützt werden sollte. Der Zusatz wurde abgelehnt. Man wollte nicht, daß aus der mala fides eine Einrede im Wechselprozesse hergeleitet würde, war sich aber klar darüber, daß bei offenliegender mala fides des Klägers der Richter die Klage abweisen müßte. Ebenso wurde die Anregung, ob über die Vindikation gestohlener oder verlorener Wechsel etwas bestimmt werden und hierbei der bona fides gedacht werden sollte, hier noch abgelehnt, weil die Mehrheit (allerdings eine Mehrheit von nur einer Stimme) der Meinung war, daß die Regelung der Frage, ob der gutgläubige Besitzer dem wahren, bestohlenen Eigentümer vorhergehen sollte, dem Zivilrecht überlassen bleiben müsse. Man wollte also hier auf die Partikularrechte Rücksicht nehmen. Doch wurde auch an dieser Stelle schon erwähnt, „daß die Vindikation gegen den Besitzer, welcher den Wechsel mit richtigem Titel und in gutem Glauben erworben habe, unstatthaft sei". Beides, besonders die Behandlung der bona fides beim gefälschten Wechsel, zeigt, daß

[1]) Prot. der Wechselkonferenz S. 142 f., 228 f. (so in der in Leipzig bei C. L. Hirschfeld 1848 erschienenen Ausgabe; in der Ausgabe, auf die Thöl, HR. 4. Aufl. 1878 S. 706 Anm. 4 verweist, ohne sie zu bezeichnen, S. 737—741, 1180—1189).

über die Ausdehnung des guten Glaubens kein Zweifel herrschte. Denn wenn einzelne Stimmen erst hervorheben mußten, weil es im Entwurf nicht enthalten war, daß der bösgläubige Besitzer eines gefälschten Wechsels nicht geschützt werden solle, so ist klar, daß eben grundsätzlich jeder geschützt werden sollte: bona fides praesumitur. Welche bona fides war das aber? Bezog sie sich — wie die heutige des Bürgerlichen Gesetzbuchs — darauf, ob der Vordermann Eigentümer war? Keineswegs! A, der redliche Aussteller, gibt dem B einen von ihm ausgestellten Wechsel; B, um dem Wechsel größeren Kreditwert zu verschaffen, indossiert ihn an den als zahlungsfähig bekannten C, ohne mit ihm irgendwie in Verbindung zu stehen; hierauf fälscht er C's Unterschrift und indossiert auf diese Weise den Wechsel von C an D. D kennt den Vorgang und indossiert weiter an den gutgläubigen E. Die Protokolle bezeichnen ganz klar in diesem Falle E als bonae fidei possessor, während nach ihnen D malae fidei possessor war. Dies beweist, daß sie den guten bezw. schlechten Glauben nicht nur auf das mangelnde Eigentum des (unmittelbaren oder ferneren) Vormannes beziehen. Denn die Kette der Eigentümer weist keinen Fehler auf; D bezog von B, der wirklich Eigentümer war, wurde also Eigentümer; E bezog von D, also dem rechten Eigentümer. Um das Eigentum handelt es sich also nicht, sondern darum, ob C im Kreis der Wechselverpflichteten stünde! Also wir sehen, daß die Kommission, die die Wechselordnung schuf, darüber, daß der gute Glaube sich auch auf andere Mängel als Mängel des Eigentums beziehe, ganz klar war. Dasselbe zeigt sich, als später — a. a. O. S. 228 f. (bezw. nach Thöl S. 1180 ff.) — die Anregung, über die Vindikation abhanden gekommener Wechsel zu bestimmen, wiederholt wird und zur Einsetzung des heutigen Art. 74 führt. Der Streit der Meinungen bezieht sich nur

darauf, ob nicht die Bestimmung des § (heute Art.) 36, daß jeder äußerlich geschlossene Wechsel legitimiere, ausreichend sei (reichte dies aus, so wäre ohne weiteres der Erwerb vom Geschäftsunfähigen gedeckt!) und ob hinsichtlich der mala fides die grobe Fahrlässigkeit dem Dolus gleichzuerachten sei, ob der Ausdruck „böser Glaube" beides umfasse oder die Ausdehnung auf die grobe Fahrlässigkeit besonderer Erwägung bedürfe. Davon, ob die Bösgläubigkeit sich nur auf das fehlende Eigentum oder auch auf andere Hemmungen beziehe, war wieder keine Rede; darüber muß also wohl Klarheit geherrscht haben. In welchem Sinne — das scheint uns aus dem bei den Vorschlägen zu §§ 71, 72 (heute Art. 75, 76) soeben Gesagten unwiderleglich hervorzugehen. Die Schöpfer der Wechselordnung standen demnach ganz unzweideutig auf dem hier festgelegten Standpunkt.

Dies folgt auch daraus,[1]) daß Art. 74 WO. textlich in den maßgebenden Worten mit den Gesetzen übereinstimmt,[2]) die dieser gemeinschaftlichen Lehre folgen.[3])

Dafür, daß dieser Begriff der Wechselordnung durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Veränderung nicht erlitt, wird auf die Ausführungen in § 13 sowie die S. 21 Anm. 2 dieser Arbeit zitierte Literatur verwiesen.

---

[1]) vgl. hierüber auch Callam a. a. O. S. 15.

[2]) Abgesehen von der ausdrücklichen Erwähnung der groben Fahrlässigkeit in WO. Art.74. Daß die „grobe Fahrlässigkeit" hier ausdrücklich erwähnt ist, liegt eben daran, daß die Leipziger Wechselkonferenz ursprünglich im Schutz des guten Glaubens so weit gehen wollte, schlechthin nur Nichtkenntnis vom Erwerber zu verlangen; vgl. amtl. Prot. der Leipziger Konferenz S. 229.

[3]) vgl. z. B. ALR. I, 15 § 45 („. . . kann gegen einen redlichen Besitzer nicht zurückgefordert werden . . .") gegen WO. Art. 74 („. . . Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden . . .").

§ 14.

β) Der Gesetzestext.

Dieses Ergebnis, daß Art. 74 WO. einem guten Glauben Schutz gewähre, der sich auf die Verfügungsbefugnis und Geschäftsfähigkeit des Veräußerers ausdehnt, wird bestätigt durch Interpretation des Wortlautes der §§ 932, 937 BGB., § 366 HGB. und des Art. 74 WO.

Nach BGB. § 932 wird Eigentümer der, der vom Nichteigentümer erwirbt, wenn er ihn ohne grobe Fahrlässigkeit für den Eigentümer hielt, nicht aber wird Eigentümer, wer vom Geisteskranken erwirbt, mag er ihn auch schuldlos für gesund gehalten haben. Denn guter Glaube bedeutet nach § 932 BGB.: Nichtkenntnis des Nichteigentums des Veräußerers; die Annahme, der Veräußerer sei Eigentümer.[1] Nur diese Annahme wird als guter Glaube (nach § 932 BGB.) betrachtet und geschützt. Unverschuldete Nichtkenntnis der Geisteskrankheit, der Geschäftsunfähigkeit des Veräußerers ist gar nicht guter Glaube im Sinne des § 932 und wird infolgedessen nicht geheilt; Unkenntnis der mangelnden Verfügungsbefugnis des Veräußerers ist guter Glaube im Sinne des § 366 HGB., nicht aber des BGB. § 932, wird also dort geschützt, hier nicht. Im Wortlaut geben § 932 BGB. und § 366 HGB. ganz deutlich ihrer einschränkenden Auffassung Ausdruck.

Bei Art. 74 WO. dagegen findet sich ebensowenig eine Einschränkung des Begriffes wie bei I, 15 § 45 ALR. und bei § 937 BGB.[2]

---

[1] vgl. BGB. nebst Mot. von Haidlen Bd. 2 S. 157 zu § 932.

[2] Dafür, daß I, 15 § 45 ALR. so weit in der Auslegung geht, sei nochmals auf Dernburg, PrPrivR. S. 432 Anm. 15 verwiesen.

Daß wir vom Standpunkte einer Beeinflussung der Wechselordnung durch das Bürgerliche Gesetzbuch aus den Art. 74 WO. inhaltlich dem § 937 BGB. gleichstellen müssen, glauben wir oben[1]) schon genügend erklärt zu haben. Vom rein grammatischen Standpunkte aus kommen wir zu demselben Ergebnis.

Den Worten und dem Sinne nach lauten die maßgebenden Stellen des § 932 BGB. und § 366 HGB. ganz verschieden von denen des Art. 74 WO. Gerade diese maßgebenden Worte des Art. 74 WO. lauten aber genau so wie die des § 937 BGB.: „Der ... Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat ...“[2]) sagt Art. 74 WO.; „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist“[3]) sagt § 937 BGB. Schon diese Übereinstimmung drängt uns, beiden Sätzen gleiche Begriffsauslegung zu geben. Noch entscheidender ist der Nachweis, daß sowohl § 937 BGB. als auch Art. 74 WO. Ausfluß des guten Glaubens des gemeinrechtlichen Usukapionsbesitzes sind, daß also ihre textliche Übereinstimmung kein Zufall ist. Diesen Nachweis dürfen wir aber nach den Ausführungen des § 13 wohl als erbracht ansehen.

---

[1]) In § 12 S. 34 f. dieser Arbeit bei Besprechung der Callamschen Lehre.

[2]) Die besondere Erwähnung der „groben Fahrlässigkeit“ ist in diesem Zusammenhange entbehrlich. Der WO. wurden die betr. Worte eingefügt, um Zweifel nicht aufkommen zu lassen (vgl. S. 45 Anm. 2 dieser Arbeit); bei § 937 BGB. kann ein Zweifel über die Zuziehung der groben Fahrlässigkeit gar nicht aufkommen, da § 932 Abs. 2 BGB. die Legaldefinitionen des Begriffes bietet.

[3]) Die Fortsetzung des Satzes kann hier fortbleiben; wir erwähnten schon, daß wir lediglich die Erfordernisse des Ersitzungsbeginnes im Auge haben; grundsätzlich bietet übrigens der Fortgang der Ersitzung keine Änderung.

§ 937 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB. und Art. 74 WO. haben also die Quelle gemeinsam; sie haben an der entscheidenden Stelle den Wortlaut gemeinsam, und zwar beides im Gegensatz zu § 932 BGB.

Wir gelangen also zu der Überzeugung, daß Art. 74 den guten Glauben in derselben Ausdehnung schütze wie § 937 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB. Gelingt uns nun der Nachweis, daß der gute Glaube des § 937 Abs. 2 Halbsatz 1 den Mangel der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers heilt, so ist wieder auf einem anderen Wege der Nachweis geführt, daß auch der gute Glaube des Art. 74 WO. diese Wirkung hat. Dies ist aber unstreitig[1]) und nicht bestreitbar; denn § 937 wäre sonst überflüssig. Wer eine bewegliche Sache 10 Jahre lang im Eigenbesitze hat,[2]) hat das Eigentum ersessen. So soll das Eigentum durch langen Besitz verschafft werden, wenn ein materieller Erwerbsfehler den sofortigen Erwerb hinderte. Durch alle originären Erwerbsarten hat aber der Erwerber das Eigentum schon nach viel kürzerer Zeit erworben (meist sofort, z. B. durch Verarbeitung, Okkupation); durch derivativen Erwerb erhielt er es sofort, wenn der Erwerbsfehler darin lag, daß der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache war. Die Heilung durch Ersitzung wird also überhaupt nur praktisch, wo ein derivativer sofortiger Erwerb nicht eintrat, da die Sache[3]) gestohlen, verloren oder sonstwie abhanden gekommen oder der Veräußernde geschäftsunfähig, geschäftsbeschränkt oder nicht verfügungsbefugt war.

---

[1]) vgl. statt vieler M. Wolff § 71 I, 2b u. c, S. 187.

[2]) d. h. als ihm gehörend besitzt, § 872 BGB.

[3]) Ausgenommen sind die in § 935 Abs. 2 genannten Sachen, denen gegenüber also § 937 auch in diesem Falle nicht praktisch wird.

So ist erwiesen, daß § 937 BGB. so weitgehend auszulegen ist, andererseits ist dargelegt, daß Art. 74 WO. dieselbe Bedeutung für den Begriff des guten Glaubens hat wie § 937 BGB. Also ist eine weitere Stütze unserer Behauptung gegeben, daß Art. 74 WO. auch die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Veräußerers deckt.

b) Worin besteht der Schutz des guten Glaubens?

§ 15.

Haben wir also gesehen, daß der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers geschützt wird, so haben wir noch zu prüfen, worin dieser Schutz besteht.

Art. 74 WO. schließt lediglich die Vindikation gegen den Besitzer aus. Die herrschende Meinung nimmt aber mit Recht an, daß dieser Ausschluß der Vindikation bedeute, daß der Gutgläubige das Eigentum an dem Papier erlangt.[1])

Dies ist unschwer zu erklären. Wir erwähnten schon als Folge der durch die Rezeption in bestimmte Bahnen gelenkten Entwicklung der Fahrnisklagen, daß allgemein der „unangreifbare Besitz des Erwerbers“ zum Eigentum gesteigert wurde.[2]) Diese Steigerung ist auch für das Wechselrecht unbedenklich anzunehmen.[3])

Aber auch ohne auf die Rechtsentwicklung einzugehen, erkennen wir ganz deutlich aus dem Sinn und Wortlaut der

---

[1]) So Jacobi S. 41; Staub-Stranz Art. 74 Anm. 8, S. 200; Rehbein Art. 74 Anm. 1; Cosack, HR. S. 229; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 § 249 I; Makower § 365 III; RGZ. Bd. 32 S. 20, Bd. 45 S. 265, Bd. 53 S. 207, Bd. 55 S. 49, Bd. 65 S. 411.

[2]) So Wolff § 68, 3b; vgl. S. 39 dieser Arbeit.

[3]) So Gierke, DPrivR. Bd. 2 S. 566.

Art. 74, 10 u. 17 der WO., daß dem gutgläubigen und gemäß Art. 36 legitimierten Besitzer eines Wechsels das Eigentum an ihm zustehen solle.[1])

Dem Besitzer eines Wechsels, der nach Art. 36 WO. legitimiert ist,[2]) darf der Wechsel nicht genommen werden. Wenn dieser gutgläubige Besitzer also selber nicht Eigentümer wäre, würde der wahre Eigentümer (etwa der geschäftsunfähige Indossant) ihm den Besitz trotz seines Eigentums nicht entziehen können und infolgedessen nie selbst (höchstens durch einen Zufall) in den Besitz des Wechsels gelangen. Ohne diesen Besitz kann er aber die Wechselforderung nicht geltend machen.[3]) Er hätte also ein nudum ius Quiritium. Wenn es aber andererseits dem gutgläubigen Besitzer nicht gestattet sein sollte, die Forderung einzutreiben, so würde der unentziehbare Besitz die Folge haben, daß, während das Papier bei dem Besitzer ruht, die Forderung verjähren würde. Auch ist er ja ausdrücklich[4]) zum Empfang legitimiert. Art. 74 WO. macht also dadurch, daß er jeden andern verhindert, als Gläubiger aufzutreten, den gutgläubigen Besitzer, sofern er nur den Anforderungen des Art. 36 WO. entspricht, zum Gläubiger aus dem Papier. Dies deckt sich mit der Folgerung, die wir aus der heilenden Kraft des guten Glaubens im Wechselrecht zogen; denn wir sahen dort, daß dieser gute Glaube jeden Mangel des Übereignungsgeschäftes heilt, also auch den Mangel, der etwa dem Indossament anhaften könnte, da es von einem Geisteskranken geschrieben war. Durch das Indossament gehen aber nach § 364 Abs. 1 HGB. bezw. Art. 10 WO. alle Rechte aus dem Papier

---

[1]) vgl. zum folgenden Jacobi, Wertpapiere S. 41.

[2]) vgl. S. 19 f. dieser Arbeit.

[3]) Art. 39 WO.; ebenso für das Konnossement § 650 HGB.

[4]) Durch Art. 36 WO.

auf den Indossatar über; diese Fassung, die allerdings nur zum Ausdruck zu bringen scheint, daß das Gläubigerrecht auf den Indossatar übergehe, will nicht etwa besagen, daß das Eigentum am Papier selbst beim Indossanten verbleibt. Denn eines der Rechte aus dem Papier, die übergehen, ist das Recht, das Papier weiter zu indossieren, und es ist unmöglich, daß der Gesetzgeber dieses stärkste Verfügungsrecht über das Papier (ganz abgesehen von dem Forderungsrecht aus dem Papier) einem anderen als dem Papiereigentümer[1]) selbst übertragen wollte.

Noch deutlicher geht das Papiereigentum dessen, der durch Indossament gemäß Art. 10 die Rechte aus dem Papier erlangt hat, aus Art. 17 WO. hervor. Dieser besagt nämlich: Ist dem Indossamente die Bemerkung „zur Einkassierung" „in Prokura" oder eine andere die Bevollmächtigung ausdrückende Formel beigefügt worden, so überträgt das Indossament das Eigentum an dem Wechsel nicht.

Daraus erhellt deutlich, daß eben, wenn eine solche Einschränkung sich nicht findet, Eigentum am Papier übergegangen ist. Daß der Art. 17 in § 365 Abs. 1 HGB., der uns auf einzelne Bestimmungen der Wechselordnung verweist, nicht in Bezug genommen ist, bedeutet nicht, daß unser Gedankengang auf das Konnossement nicht zutrifft. Denn wir haben nur aus einer Negation des Art. 17 für eine Auslegung des Art. 10 einen indirekten Beweis gewonnen. Was für Art. 10, gilt aber auch für § 364 Abs. 1 HGB.: beide haben Wortlaut und Sinn gemeinsam[2]) und nehmen im System der Bestimmungen über

---

[1]) Besondere Rechtsverhältnisse, wie z. B. die Ehe, bleiben hier außer Betracht.

[2]) „Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem indossierten Papier auf den Indossatar über."

Wechsel bezw. über die Orderpapiere des § 363 HGB. dieselbe Stellung ein. Wir haben also erwiesen, daß der gutgläubige, nach Art. 36 legitimierte Besitzer, dem der Besitz des Konnossements gemäß Art. 74 nicht entrissen werden kann, als Eigentümer des Papiers und damit auch als Gläubiger aus dem Papier anzusehen ist.

c) Ergebnis.

§ 16.

Wir haben gesehen, daß der Besitzer eines Orderpapiers (nach Art. 36 WO.) legitimiert ist, wenn sein Name als Indossatar am Ende einer lückenlosen Girokette steht, die vom Remittenten auf ihn hinunterführt, sofern diese Giros nur dem Auge als solche erscheinen.

Wir sahen ferner, daß dem also legitimierten Besitzer eines Orderpapiers der Besitz nicht genommen werden darf, wenn er beim Erwerb ohne grobe Fahrlässigkeit annahm, der Erwerb leide nicht unter irgendwelchen Hemmungen (Art. 74 WO.). In dieser Lage befindet sich der Käufer und Indossatar des Orderkonnossements, der schuldlos die geistige Erkrankung des Verkäufers und Indossanten nicht bemerkt.

Endlich sahen wir, daß der, dem der Besitz auf Grund des Art. 74 WO. nicht entzogen werden kann, als Eigentümer des Papiers anzusehen ist.

Dieses Ergebnis steht nicht etwa mit der von uns verfochtenen Theorie in Widerspruch, die einen gültigen Begebungsvertrag verlangt. Dieser Vertrag bedarf zur Entstehung allerdings der wirksamen Willenserklärung beider Kontrahenten. Da aber der Käufer schuldlos der Ansicht war, der Verkäufer

habe Kraft zur Einigung, die Einigung sei wirksam erfolgt und das Indossament wirksam geschrieben, und da Art. 74 WO. diesem guten Glauben solche Kraft beilegt, daß er alle Mängel des Begebungsvertrages als nicht vorhanden erscheinen läßt, so gilt die Einigung als wirksam erfolgt und das Indossament als wirksam geschrieben.[1]) Somit ist der Fehler des Begebungsvertrages geheilt. Damit ist aber erwiesen, daß der Käufer und Indossatar das Eigentum an dem Orderkonnossement erlangt hat, wenn wir für die Eigentumsübertragung des Papiers uns der Begebungstheorie anschließen.

Für die anderen Theorien folgte der Eigentumsübergang aus dem Wesen ihrer Konstruktion,[2]) ein Beweis erübrigte sich daher.

III. Der Parallelismus zwischen Ware und Papier.

a) Allgemeines.

§ 17.

Es fragt sich, ob der Eigentumsübergang des Orderkonnossements das Eigentum der in ihm verbrieften Ware mit sich bringt.

---

[1]) Natürlich wird hierdurch nur das dingliche Geschäft berührt; dem gutgläubig erwerbenden Indossatar kann ein Indossant, der bei Zeichnung des Indossaments geisteskrank war, wenn er auf Grund seines Indossaments im Wege des Wechselregresses belangt wird (Art. 14, 25, 29, 41 WO.), stets seine Verpflichtungsunfähigkeit entgegenhalten (Art. 82 WO.). Gegen die anderen Wechselverpflichteten hat aber der Gutgläubige den Wechselanspruch. Diese ganze Frage kommt aber für das Konnossement nicht in Betracht, da das Indossament des Konnossements keine Garantiefunktion hat, denn Art. 14 WO. ist in § 365 Abs. 1 HGB. nicht in Bezug genommen.

[2]) vgl. S. 17 dieser Arbeit.

Die Frage, ob das Eigentum am Papier und an der Ware stets Hand in Hand gehen, die Frage des Parallelismus zwischen Ware und Papier, ist eine der größten Streitfragen auf dem Gebiete der Traditionspapiere. Zu beantworten ist sie nur, wenn man die Frage beantwortet hat: worin besteht die dingliche Wirkung der Traditionspapiere, und wie ist sie zu erklären? Über diesen Punkt gehen die Meinungen weit auseinander. Es ist Heymanns Verdienst, eine Klärung der Meinungsverschiedenheiten, die diese Frage hervorrief und noch hervorruft, gegeben zu haben.[1])

Es wird sich zeigen, daß wir aus der geschichtlichen Entwicklung des Konnossements für die Behandlung der uns vorliegenden Frage keine Folgerungen zu ziehen haben werden, ebensowenig aus den Wandlungen, die die Auffassung vom Wesen des Konnossements als eines rechtverschaffenden Papiers bis zur ältesten heut noch praktisch nachwirkenden Lehre, der von Goldschmidt entwickelten,[2]) durchzumachen hatte. Deshalb sei hierfür auf die Darlegung von Goldschmidt[3]) und Heymann[4]) verwiesen. Doch soll kurz erwähnt werden, daß — unter Savignys Einfluß — in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts mehrere Jahrzehnte hindurch von einflußreichen Juristen jede dingliche Wirkung der Konnossementsbegebung für das gemeine Recht geleugnet und ihr nur obligatorische Wirkung zugeschrieben wurde: das Lübecker Ober-

---

[1]) „Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere", aus der Festgabe für Felix Dahn, Breslau 1905, Bd. 3 S. 135ff.

[2]) HGB. Bd. 1, 2 S. 700ff., bes. S. 721ff.

[3]) a. a. O. S. 650ff., 719ff.

[4]) a. a. O. S. 135ff., bes. sehr ausführlich mit wichtigen Folgerungen S. 189ff.

appellationsgericht leugnete zuerst die dingliche Wirkung;[1]) ihm folgten Thöl,[2]) Gerber,[3]) Kuntze,[4]) Ihering.[5])

Auf Gerbers Einfluß ist es zurückzuführen, daß die dingliche Wirkung der Traditionspapiere bei der Abfassung des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches nur geringe Berücksichtigung fand, so daß Lagerscheinen und Ladescheinen diese Kraft erst durch Wissenschaft und Praxis beigelegt werden mußte.

Die Bemühungen, die seit Goldschmidt gemacht worden sind, für die nunmehr auf Grund der Bestimmung des Art. 649 ADHGB. unleugbar vorhandene dingliche Kraft der Konnossementsbegebung eine juristisch befriedigende Erklärung zu finden, sind infolgedessen von einem ganz anderen Standpunkt aus zu betrachten als die Konstruktionen, die sich mit dem Recht des Handelsgesetzbuches von 1897 befassen; denn die Bemühungen jener Zeit hatten notwendigerweise hauptsächlich das Ziel, die dingliche Wirkung (trotz des Schweigens des Gesetzes) auch für Ladeschein und Lagerschein zu begründen. Neben diesem Ziel nahm die Frage, wie weit die dingliche Wirkung auszudehnen sei, eine verhältnismäßig untergeordnete Stellung ein. So erklärt sich die äußerst seltene und dann fast stets recht flache Behandlung dieser Frage in der Literatur zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Nachdem aber das neue Handelsgesetzbuch in jener Frage die Forderungen von Wissenschaft und Praxis befriedigt hat,[6]) erwachte diese zu desto regerem Leben und rief einen heftigen Widerstreit zum Teil gegensätzlicher Meinungen hervor.

---

[1]) vgl. z. B. SeuffArch. Bd. 6 S. 340.

[2]) Handelsrecht Bd. 1 § 80.

[3]) DPrivR. 17. Aufl. S. 369.

[4]) Inhaberpapiere S. 459.

[5]) IheringsJ. Bd. 1 S. 101.

[6]) vgl. HGB. §§ 424, 647.

Unter diesen scheiden sich zwei Gruppen in ihren Grundsätzen besonders scharf. Die eine führt die Wirkungen des Konnossements für den Eigentumserwerb[1]) auf Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches zurück, die andere lehnt dies ab und behandelt den Erwerb durch Traditionspapier als eigenartige, vom Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches losgelöste Form des Eigentumserwerbs. Diese von allgemeinen Rechtsregeln losgelöste Auffassung hat Heymann[2]) die absolute Theorie genannt, die andere, die sich auf die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches stützt, nannte er die relative Theorie.

Für unsere Zwecke genügt es, kurz die Versuche zu besprechen, die bisher sich damit beschäftigt haben, die dingliche Wirkung der Konnossementsbegebung zu erklären,[3]) da wir unserer Stellungnahme für unsere Folgerungen eine allzu große Bedeutung nicht zuschreiben zu müssen glauben (vgl. unten S. 65 ff.).

b) Die Erklärungsversuche der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere.

§ 18.

Die relative Theorie sieht Goldschmidt (mit seiner Detentionstheorie)[4]) als ihren Urheber an. Sie wird ver-

---

[1]) Im folgenden soll anstatt der Berücksichtigung aller dinglichen Rechte stets nur vom Eigentum gesprochen werden. Die anderen interessieren hier nicht.

[2]) a. a. O. S. 146.

[3]) Der Schöpfer des größten neueren Werkes über das Konnossementsrecht, Wüstendörfer, hat leider in dem bisher vorliegenden 1. Bande seiner „Studien" Fragen, die die Ausgestaltung der dinglichen Seite betreffen, nur ganz kurz gestreift und zu ihnen noch nicht eingehender Stellung genommen; vgl. a. a. O. S. 315.

[4]) Der Schiffer detiniere von der Konnossementszeichnung an für den jeweils aus dem Konnossement Empfangsberechtigten, der Ablader oder sonstige Papierinhaber könne daher nach Belieben durch Konnossementsbegebung Detention,

treten u. a. von Gierke,[1] Cosack,[2] Düringer-Hachenburg,[3] Jacobi,[4] Boyens,[5] Schaps.[6] Derselben Theorie folgt (in etwas veränderter Form) M. Wolff.[7]

Die relative Theorie folgert: Wenn das Handelsgesetzbuch zum Zwecke der Eigentumsverschaffung die Übergabe des Papiers der Übergabe der Ware gleichstellt, so wolle es damit offenbar unter Fiktion einer tatsächlichen Übergabe der Ware den Eigentumserwerb gemäß § 929 BGB. sich vollziehen lassen. Während in Wirklichkeit der Papiererwerber durch das Papier mittelbaren Besitz der Ware erhält, will also das Gesetz dingliche Wirkungen eintreten lassen, als sei unmittelbarer Besitz eingetreten, als werde nicht das Papier, sondern die Ware selbst übergeben. In dieser Hinsicht wird also die Ware durch das Papier repräsentiert; wegen dieser Auffassung nennt Heymann diese Theorie: Repräsentationstheorie.[8]

Hellwig[9]) hat dieser Theorie eine andere Wendung gegeben; er hat den durch die Konnossementsbegebung und die Einigung tatsächlich vollzogenen Tatbestand in jedem Einzelfall mit den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang

---

juristischen Besitz, Eigentum, Pfandrecht auf einen Dritten übertragen. Die Konnossementsbewegung sei Bewegung der Warendetention und nur dieser; a. a. O. S. 721 ff.

[1]) bei Holtzendorff S. 877, DPrivR. Bd. 2 § 47.

[2]) HR. §§ 102, 130.

[3]) N. 6 zu § 363.

[4]) a. a. O. S. 271.

[5]) Seerecht Bd. 2 zu § 647.

[6]) Komm. z. Seerecht S. 506.

[7]) ZHR. Bd. 48 S. 621 ff.

[8]) a. a. O. S. 162.

[9]) Hellwig, Verträge S. 344 ff., 497 ff.; ähnlich Makower (Komm. z. HGB. zu § 424) und Goldmann (Komm. z. HGB. Bd. 3 § 424 Anm. 13).

gebracht. Er hat vor allen Dingen betont, daß das Bürgerliche Gesetzbuch zum Eigentumsübergang eine Besitzverschaffung gar nicht für erforderlich erachtet. So wirkt nichts begreiflicher, als daß Hellwig den § 647 als Anwendungsfall des § 931 BGB. bezeichnet. Meist werde mittelbarer Besitz übergehen. Jedoch sei im Wortlaut des § 647 HGB. nichts davon zu finden, daß ein Besitz übergehen müsse; auch zeigen § 931 BGB. und § 647 HGB. einen gemeinsamen Grundgedanken darin, daß beide auf den § 929 BGB., der die Übergabe verlangt, deutlich Bezug nähmen, indem sie gerade davon sprächen, daß diese Übergabe ersetzt werden sollte. Wenn nun nicht daran gedacht werden könne, daß der nach § 931 Veräußernde den mittelbaren Besitz haben müßte, so biete, wie schon oben dargelegt, sich ganz gewiß kein Grund, den § 647 also einzuengen.

Die absolute Theorie ist in Konstruktion und Folgerungen bei weitem die einfachste. Sie schließt sich an Exners Lehre an[1]) und wird vertreten u. a. von Brunner,[2]) Strohal,[3]) Pappenheim,[4]) Adler,[5]) Gareis-Biermann,[6]) Staub,[7]) Burchard,[8]) Kohler[9]) und besonders Heymann.[10])

---

[1]) Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. u. gem. Recht S. 207 ff.

[2]) Brunner, Wertpapiere S. 150/51, 46. Jahresber. der Berliner Jur.-Ges. 1894.

[3]) IheringsJ. Bd. 38 S. 95.

[4]) Transportgeschäft nach dem Entwurf eines HGB. S. 67 f.

[5]) bei Holdheim Bd. 6 S. 9, „Warrant" im HWB. f. Staatsw. (Conrad). 2. Aufl. Bd. 7, Österr. Lagerhausrecht S. 170.

[6]) Komm. z. Sachenrecht 2. Aufl. zu § 870 S. 41, zu § 936 S. 147.

[7]) Anm. 33 zu § 363 u. Anm. 10 zu § 365 HGB. Bd. 2.

[8]) In Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. 16 S. 363.

[9]) Der dingliche Vertrag 1883 S. 20.

[10]) a. a. O. S. 147 ff., 160 ff.

Die absolute Theorie erwägt: Für den Erwerb des Eigentums hat die Übereignung des Scheins die Wirkung, die sonst die Übergabe der Ware hat; so sagt das Gesetz. Die Übergabe der Ware hat im allgemeinen nach erfolgter Einigung die Wirkung, daß das Eigentum an der Ware übergeht. Hier hat also nach erfolgter Einigung die Übergabe des Scheins diese Wirkung. In jedem Fall wird durch die Übergabe des Scheins die Übergabe der Ware ersetzt; das Gesetz deutet in nichts auf eine Einschränkung hin. Zur Eigentumsübertragung an der Ware ist also stets außer der Einigung nur Begebung eines auf die Ware lautenden Konnossements erforderlich. Die Besitzverhältnisse sind ganz gleichgültig.

Eine Ausnahme könnte allerdings von Gegnern der Theorie ins Feld geführt werden, um zu beweisen, daß die absolute Theorie nicht konsequent durchgeführt werden kann: es könnte darauf hingewiesen werden, daß neben der Einigung die bloße Konnossementsbegebung auf keinen Fall imstande sein könne, das Eigentum an Waren zu verschaffen, die der Schiffer untreu an einen gutgläubigen Dritten veräußert hat und an denen dieser Dritte infolge seines guten Glaubens Eigentum erworben hat (gemäß § 932 BGB.).[1]

Gewiß, hier verschafft die Konnossementsbegebung nicht das Eigentum an der Ware, aber nicht, weil die Wirkung der absoluten Theorie hier versagt, sondern aus einem Grunde, der nie in den Theorienkampf gezogen worden ist: es ist nie bestritten worden, daß durch Konnossementsbegebung das Eigentum an Waren nicht übergehen kann, die gar nicht existieren; d. h. z. B., wenn ein Konnossement von einem Schiffer aus-

[1]) Die Bemerkung auf S. 15 dieser Arbeit, daß Eigentum nur durch das Konnossement übergehen könne, betrifft naturgemäß nur die Personen, die im Konnossementsverbande stehen.

gestellt worden ist, ohne daß dieser Schiffer in Wahrheit die bezeichneten Waren geladen hat,[1] so kann selbstverständlich durch dieses Konnossement kein Eigentum an den gar nicht vorhandenen Waren übergehen; so haben wir auch in dem erwähnten Fall, daß ein Gutgläubiger das Eigentum an den Waren erwarb, das Konnossement als inhaltsleer anzusehen; es entbehrt eines realen Substrates.

Wir schließen uns also der absoluten Theorie an.

Wir haben nach ihr also für genügend anzusehen, daß das Konnossement wirksam begeben wurde, und daß eine Einigung stattgefunden habe. Vgl. hierüber S. 65 ff.

c) Der Parallelismus als Wille des Gesetzes.

§ 19.

Eine Frage, zu der dieser Theorienkampf gesteigert wird, ist nun die Frage nach dem Parallelismus zwischen Gut und Papier, d. h. die Frage, ob der Eigentümer des Konnossements lediglich deshalb, weil er das Eigentum am Konnossement hat, auch Eigentümer der Ware sei. Diese Frage ist nicht etwa identisch mit dem Streit der absoluten und relativen Theorie; dies erhellt schon daraus, daß Anhänger der absoluten Theorie, wie z. B. Heymann,[2] den Parallelismus bekämpfen, daß dagegen Anhänger der relativen Theorie, wie besonders Goldschmidt,[3] ihn eifrig verfechten. Im wesentlichen wird man

---

[1]) vgl. den im Bankarchiv 6. Jahrg. S. 271 besprochenen Fall, in dem eine amerikanische Firma sich für Konnossemente, die auf Baumwolle lauteten, in Deutschland Akzepte geben ließ; nachher stellte sich heraus, daß die Schiffer auf diese Konnossemente gar keine Waren verladen hatten.

[2]) a. a. O. S. 233 f.

[3]) a. a. O. S. 825.

den Unterschied zwischen beiden Streitfragen darin sehen können: Der Streit der Theorien beschäftigt sich mit der Frage: in welchem einzelnen Fall wird der Papiereigentümer auch Wareneigentümer? Der Streit um den Parallelismus untersucht, ob dieses Ergebnis in jedem Einzelfall zu prüfen oder ob es begriffsnotwendig sei, d. h. ob der Natur der Sache nach das Eigentum am Papier das Eigentum an der Ware stets nach sich ziehen muß. Die Besitztheorien gehen also von der Frage des Besitzes aus: wann tritt Besitzerwerb und dadurch auch Eigentumserwerb ein? Der Parallelismus kümmert sich um die Besitzfrage gar nicht. Der Natur der Sache nach könnte, wie Heymann (S. 231 f.) richtig nachweist, der begrifflich notwendige Parallelismus nur eine Folgerung der absoluten Theorie sein, denn die relativen Theorien kennen ja zahlreiche Fälle, in denen der Erwerber das Eigentum am Papier, aber nicht an der Ware erlangt. So ist er denn von Anhängern der Repräsentationstheorie nicht minder bestritten worden als von Anhängern der streng relativen Theorie.[1]) Er wurde in durchaus einleuchtender Weise vertreten von Goldschmidt[2]) — wie schon dargelegt — und von Exner.[3]) Zu seinen Anhängern gehören ferner Strohal und Adler,[4]) vor allem aber ist sein eifrigster Verfechter für das neue Recht Staub.[5])

Die Feinde des Parallelismus führen als Hauptgrund gegen ihn an: vom Erfolg der Konnossementsbegebung sei

---

[1]) z. B. Cosack, HR. S. 475 f.; Boyens a. a. O. S. 330 ff.; Schaps a. a. O. zu § 647 Bd. 3 S. 508; Hellwig S. 416.

[2]) a. a. O. S. 825 N. 13.

[3]) Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition 1867 S. 208 ff.

[4]) Adler, Warrant (a. a. O. in Anm. 154 S. 79) 665; Strohal, Sukzession S. 215 N. 70.

[5]) Zu § 365 a. a. O. Anm. 9 u. 10.

nirgends im Gesetz die Rede, das aber stehe unzweideutig im Gesetz, daß die Übergabe des Konnossements dieselbe Wirkung habe wie die Übergabe der Ware, d. h. eben deshalb könne die Übergabe des Konnossements keine größere Wirkung haben als die Übergabe der Ware; so z. B. habe bei Veräußerung gestohlener Waren die Übergabe nicht den Erfolg, das Eigentum übergehen zu lassen, dann könne eine Übergabe des Konnossements auch nicht diese Wirkung haben.

M. E. beruht diese Auffassung auf einer irrigen Auslegung des Gesetzeswillens. Heymann, obwohl Gegner des Parallelismus, gibt selbst zu, daß der Papierbegebung, wenn man sie als ein selbständiges Rechtsübertragungsmittel ansieht, das mit den Übereignungsformen des Bürgerlichen Gesetzbuches nichts zu tun hat, sehr wohl auch diesen Formen gegenüber eine besonders starke Wirkung haben könne, also z. B. die, daß hier ausnahmsweise ohne Besitzübergang das Eigentum übergehen könne (was nach Meinung mancher doch sonst nicht möglich ist). Er sieht wohl ein, daß diese besonders starken Wirkungen nicht nur für den großen Verkehr erwünscht wären, sondern sich auch dem Grundgedanken des geltenden bürgerlichen Eigentumserwerbsrechts leicht einfügen ließen.[1] Derselbe Grund, der für das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend war, den Erwerb gestohlener Waren durch öffentliche Versteigerung zuzulassen, trifft in der Tat auch den Erwerb durch Konnossement. Der Erwerb durch Versteigerung gestohlener Waren hat seinen Ursprung darin, daß niemandem zugemutet werden sollte und konnte, Waren, die auf offenem Markt gekauft waren, in bezug auf ihre Herkunft zu prüfen. Ebensowenig ist aber eine Prüfung der Herkunft der mit dem Konnossement über

[1]) vgl. a. a. O. S. 232.

See versandten Waren im großen Verkehr möglich.[1]) So ist es durchaus natürlich, dem Erwerb mittels Konnossement denselben Vorzug zu gewähren, den der Versteigerungserwerb genießt.

Auch Wüstendörfers Ausführung[2]) widerlegt trotz der Feststellung, daß wegen der Abweichung des Art. 74 WO. und des § 365 HGB. von § 932 BGB. das Recht an der Ware nicht notwendig inhaltsgleich mit dem Recht am Konnossement sein müsse, die hier ausgesprochene Ansicht nicht. Wüstendörfer findet selbst in dieser von ihm als bestehend angesehenen Regelung eine Unzulänglichkeit des Gesetzes. Abgesehen davon will aber auch er das Schicksal von Konnossement und Ware nur durch den Willen der Parteien bestimmen lassen. „Namentlich" wird dieser Wille, wie er sagt, nicht leicht dem Bankier, der ein vertragsmäßiges Pfandrecht an der Ware erlangen soll, Eigentum am Papier verschaffen wollen. Wüstendörfer gebraucht seine Theorie also zur Einschränkung des dinglichen Erwerbs: Der Bankier, der nach dem Willen der Parteien nicht das Eigentum an der Ware haben soll, soll trotz der Divergenz, die das Gesetz gebietet, auch kein Eigentum am Papier erlangen. Gerade dies „namentlich" zeigt, daß Wüstendörfer de lege ferenda auch die Folgerung nach der anderen Seite zu ziehen sich nicht scheut: eben dem Papiereigentümer das Wareneigentum zu gewähren, wenn — und weil — dies in der Parteiabsicht liegt.[3])

Noch deutlicher scheint uns der Wille des Gesetzes daraus hervorzugehen, daß das Gesetz den Erwerb des Konnossements selbst so ungemein erleichtert hat. In der Tat, wenn der gute Glaube

---

[1]) So Heymann a. a. O. S. 232.

[2]) Wüstendörfer S. 336.

[3]) De lege lata scheint Wüstendörfer die Divergenz unter Umständen für unvermeidlich zu halten (vgl. S. 337).

dem Erwerber nur dazu verholfen haben sollte, Eigentümer des Papiers zu werden, nicht aber der Waren, — wo liegt da wirtschaftlich-praktisch ein Schutz des guten Glaubens?[1]) Wenn z. B. der gutgläubige Käufer dem geschäftsunfähigen Verkäufer die Waren wieder herausgeben müßte — was hat ihm da sein guter Glaube genützt? Es wäre doch sinnlos, wenn das Gesetz überhaupt den Erwerb eines Konnossements derartig erleichterte, um nachher dem Erwerber die Früchte dieses Erwerbs wieder zu entziehen. An dem Papier selbst liegt dem Käufer gar nichts; sein Interesse ist nur auf den Erwerb der Ware gerichtet. Der Erwerb des Papiers ist also zwecklos, wenn er nicht mit dem Erwerb der Waren in Einklang steht. Ja wenn wir den Gegnern des Parallelismus folgen, so würde sich die Stellung des Käufers durch den weitgehenden Schutz des guten Glaubens, den sein Konnossementserwerb genoß, nur verschlechtert haben. Hätte er das Eigentum am Konnossement nicht erlangt, so müßte er jetzt das Papier herausgeben; er würde also einfach das Papier dem Verkäufer zurücksenden. Da er nun aber das Eigentum am Konnossement erlangte, machte er sich die Unbequemlichkeit und Kosten, die Waren ausladen zu lassen und in Empfang zu nehmen (vermutlich — denn so entspricht es der Regel — mußte er sogar die Fracht bezahlen); nur um sich jetzt die wiederholten Kosten und Unbequemlichkeiten einer Rücksendung der Waren an den Verkäufer zu machen. Das ist dann also der „Schutz des guten Glaubens"!

Schon aus der Begründung des Art. 230 des preuß. Entw. eines ADHGB.[2]) geht hervor, daß nach altem kaufmännischen Brauche, den die Motive als gerechtfertigt anerkennen, die Ver-

[1]) Hier gilt entsprechend das oben S. 50 Gesagte.

[2]) Begr. eines preuß. Entw. eines ADHGB. 1857 mit Motiven (Verlag Decker) zu Art. 230.

änderungen der dinglichen Rechtsverhältnisse des Papiers stets nur vor sich gehen, um das Gut zu treffen. Daß das Papier selbst auch von ihnen betroffen wird, ist eine Nebenwirkung, die die Parteien kaum interessiert.

So kommen wir zu dem Schluß, daß der weitgehende Schutz des guten Glaubens, durch den das Gesetz den Eigentumserwerb am Konnossement erleichtert, zwecklos wäre, wenn diese Erleichterung nicht den Erwerb der Ware, für die ja das Konnossement überhaupt nur vorhanden ist,[1]) nach sich ziehen würde.

d) Die juristische Erklärung des Parallelismus beim Warenerwerb vom Geschäftsunfähigen.

§ 20.

Wir haben es aber gar nicht nötig, den Kampf zugunsten des allgemeinen begriffsnotwendigen Parallelismus durchzufechten, wenn es uns nur gelingt, zu beweisen, daß der Einklang des Erwerbs von Papier und Ware bei Veräußerung durch den geschäftsunfähigen Eigentümer gegeben ist.

Die absolute Theorie, die, wie dargelegt, auf dem Standpunkt steht, daß wir hier eine besondere handelsrechtliche Form der Übereignung vor uns haben, eben eine Übereignung von Waren durch Einigung und Begebung eines auf sie lautenden Konnossements, verlangt (soweit sie den begriffsnotwendigen Parallelismus leugnet) für unseren Fall nur noch eine Konstruktion der Einigung.[2])

---

[1]) vgl. Jacobi, Wertpapiere S. 101: „Das Wertpapier ist nur des verbrieften Rechts wegen vorhanden".

[2]) vgl. Heymann S. 161: „Der Erwerb wird herbeigeführt durch Einigung und Papierbegebung".

Wir meinen nun, daß es uns auch gelingen sollte, die relativen Theorien zu befriedigen. Im Grunde fordern sie ja außer wirksamer Konnossementsbegebung und wirksamer Einigung selbst in ihrer für die Eigentumsübertragung strengeren Form, der Repräsentationstheorie, nur, daß der Reeder (mit Hilfe des Schiffers als Besitzdieners) zur Zeit der Konnossementsübereignung noch Fremdbesitzer sei, und daß der Erwerber wirklich vom Schiffer den Besitz der Ware erlange, und diese Forderungen sind hier erfüllt.

Für alle Theorien ist also der uns obliegende Beweis erbracht, wenn es uns gelingt, eine Konstruktion für die Einigung zu finden.

Wie bereits dargelegt, ist in der Einigung eine Begegnung zweier Willenserklärungen gleichen Inhalts, so z. B. der Willenserklärung des geisteskranken Veräußerers und der des gutgläubigen Erwerbers, über den Eigentumsübergang der Waren vom Veräußerer an den Erwerber zu erblicken.

Die Erklärung des Erwerbers ist ohne weiteres wirksam; für die des Veräußerers ist die Frage der Wirksamkeit erst zu prüfen.

An sich wäre eine Erklärung des Geisteskranken, er wolle die Waren an den Käufer übereignen, allerdings gemäß BGB. § 105 Abs. 1 nichtig. Die Willenserklärung des Geisteskranken jedoch, durch die er seinen Übereignungswillen für das Papier aussprach, ist wirksam gemäß Art. 74 WO., wie oben dargelegt wurde.[1]) Eine besondere Willenserklärung des Geisteskranken betreffs der Waren wurde aber gar nicht abgegeben, sondern seine Willenserklärung betreffs der Waren bestand lediglich darin, daß er das (wirksame) Indossament

[1]) S. 52 f. dieser Arbeit.

auf das Konnossement schrieb und dem Papierübergang (wirksam) zustimmte. Indem (und nur indem) er diese Erklärung abgab, erklärte er jedoch in Wahrheit, er wolle die Waren übertragen; denn die Waren waren Gegenstand des Rechtsgeschäfts, nicht das Papier. Für die Parteien sind Waren und Papier eins.

In dem Veräußerer spielte sich also nur ein einziger Denkakt ab, und dieser eine Denkakt ist wirksam geworden; denn durch ihn ist ja das Eigentum am Konnossement auf den Erwerber übergegangen. Es wäre aber unmöglich, einen Denkakt etwa in einer „Richtung" für wirksam, in einer anderen für fehlerhaft zu erklären; denn ein Denkakt bewegt sich eben für den Denkenden nur in einer Richtung. War also dieser Denkakt wirksam, so rief er auch eine wirksame Willenserklärung hervor, und das Zusammentreffen dieser Willenserklärung mit der des B stellt die verlangte Einigung dar.

e) Ergebnis.

§ 21.

So sehen wir, daß der gutgläubige Erwerber das Eigentum an den in dem Orderkonnossement verbrieften Waren erlangt hat.

Denn die Konnossementsbegebung und die Einigung sind wirksam erfolgt. Somit ist der absoluten Theorie genügt. Die Ware ist auch in den derivativen Besitz des Erwerbers gelangt, also ist auch diese Forderung der für den Eigentumserwerb strengeren der beiden relativen Theorien, der Repräsentationstheorie, erfüllt.

Wir kommen also zu dem Ergebnis: An den durch Inhaberkonnossement verbrieften Waren erlangt der gutgläubige

Erwerber kein Eigentum, an den durch Orderkonnossement verbrieften Waren erlangt er dagegen Eigentum.

Es fragt sich, ob diese Regelung das Rechtsgefühl befriedigt.

Befremdend erscheint es, daß der Käufer hinsichtlich der durch das Inhaberkonnossement verbrieften Waren eine ungünstigere Rechtsstellung erhält als hinsichtlich der Waren, über die das Orderkonnossement ausgestellt war. Man sollte annehmen, daß der Erwerb von Rechten aus Inhaberpapieren leichter, jedenfalls aber nicht schwerer gestaltet sein sollte als der Erwerb von Rechten aus Orderpapieren; denn jeder Besitzer eines Inhaberpapiers ist legitimiert; das Orderpapier dagegen legitimiert meist nur einen beschränkten Personenkreis. Eine Prüfung der Herkunft ist also beim Inhaberpapier stets viel schwerer als beim Orderpapier, meist sogar ganz ausgeschlossen. Dies erklärt, daß jede derartige Prüfung, jedes Mißtrauen, das man in die Person des Besitzers setzen könnte, beim Inhaberpapier vom Gesetzgeber beseitigt werden sollte. Dann ist aber der Wunsch verständlich, daß der Erwerb der Inhaberpapiere an Leichtigkeit und Sicherheit dem der Orderpapiere nicht nachstehen solle.

Bei den heute gegebenen Gesetzesvorschriften ist das aber eben nur ein Wunsch. Wir müssen uns mit der Tatsache abfinden, daß der Erwerb der Inhaberpapiere sich nicht des hohen Schutzes erfreut, den das Gesetz dem Erwerb von Orderpapieren zuteil werden läßt. Den Erwerb der Orderpapiere aber darunter leiden zu lassen und ihm die vom Verkehr dringend erforderte Sicherheit zu nehmen, nur weil die Orderpapiere nicht besser dastehen dürften als die Inhaberpapiere,[1]) dazu bietet das Gesetz uns keine Stütze, dazu bietet sich uns auch sonst kein Anlaß.

[1]) So will es unter andern Jacobi, Wertpapiere S. 71 ff.

Gerade das Gegenteil ist dringend zu befürworten. Wenn der Gesetzgeber es für seine Aufgabe halten wird, die Rechtsverhältnisse der Wertpapiere einer dem Fortschritt der Rechts- und Kulturentwicklung angepaßten Vervollkommnung zu unterziehen, so kann unser Wunsch nur dahin gehen, daß er den Inhaberpapieren die gleiche Sicherheit des Verkehrs gewähren möge, wie sie die Orderpapiere schon seit langer Zeit genießen.

Allerdings kommt noch ein anderes in Betracht: Die Sicherheit des Geschäftsunfähigen und die Wohlfahrt seiner Familie würden unter einer solchen Regelung zu leiden haben. Wir haben hier tatsächlich den Grundsatz des Rechtssystems durchbrochen, daß kein Geschäftsunfähiger selbständig wirksam handeln kann.

Es stehen hier eben zwei Interessen in einem Widerspruch, der nur durch Nachgeben in dieser oder jener Richtung gelöst werden kann: die Sicherheit des Geschäftsunfähigen, z. B. eines hilflosen Geisteskranken, und die des großen Verkehrs, der Allgemeinheit.

Wie dieser Widerspruch zu lösen ist, wird man verschieden beantworten, je nachdem man sich mehr auf den Standpunkt der Allgemeinheit stellt oder dem protektionistischen Gedanken des Schutzes des Schwachen folgt.

Jedenfalls kann diesem Schutz des Schwachen gegenüber nicht verkannt werden, daß die Sicherheit des Verkehrs arg bedrängt ist durch die fast völlige Rechtlosigkeit jedes einzelnen im Rechtsverkehr mit einem nicht erkennbar Geschäftsunfähigen.

Dies war erst jüngst wieder mit aller Deutlichkeit den Verhandlungen des im September 1912 in München zusammengetretenen Deutschen Bankiertages zu entnehmen. Hachenburg berichtet in der Deutschen Juristenzeitung[1]) von der

[1]) DJZ. 1912 S. 1278.

tiefen Besorgnis, die sich dort kundgab; denn der Stand der Bankiers ist wie kaum ein anderer in dauernder Gefahr, im Verkehr mit unerkennbar Geschäftsunfähigen erhebliche materielle Verluste zu erleiden.

So können wir nur dem dort geäußerten Wunsche zustimmen, daß der Gesetzgeber dem Geschäftsunfähigen wenigstens die Haftung für das negative Geschäftsinteresse des mit ihm Verhandelnden auferlege, wie sie durch § 122 BGB. ja allen schuldlos Irrenden auferlegt ist; mindestens aber sollte in Fällen, wo die Billigkeit es gebietet, der Schadensersatz, den der Geisteskranke schon heute gemäß § 829 BGB. leisten muß, über das Gebiet der unerlaubten Handlungen hinaus im gesamten Bereiche des rechtlichen Verkehrs von ihm gefordert werden.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.